جامع الكبير شرحى حصيري

ج ٤

[illegible]

اسعد بك

جلد ثالث

[illegible]

من الفقه

رجوع عن الشهادة طلاق مناسك قضا

فتوادن تبيض اشبانه ده بين المودين
مطالعه اولنمق اوزره شيخ الاسلام
ومفتى الانام سابق متقاعد عصمت بكزاده
السيد احمد عارف حكمت بك افندى
حضرتلرينك وقفلريدر ١٢٦٩ في

رجوع عن الشهادة طلاق مناسك قضا ضمان سوع

الجزء الثالث من التحرير شرح الجامع الكبير

للحصيري رحمه الله بمنه

وما سكنه فسبح جنته

لمحمد خير جليقته

وافضل

لغز في ابره وكستبان

ما امر خصيص الغنى لكن غير الغنى
زبيبان وان فرقت بينهما فرقين
وبه احد بعضه واحد وبعضه الآخر اثنين
تفتح بينهما وفعه اذ تفتح العين على العين

[illegible] وتقال الترمذي [illegible] واحد

بسم الله الرحمن الرحيم ربنا اتمم لنا واغفر لنا

كتاب الرجوع عن الشهادات باب الرجوع عن الشهادات

اصل الباب ان الشاهد بالنسب اذا رجع عن شهادته بعد القضا بالنسب ان لم يكن المشهود به ملك المشهود عليه لولا شهادتهم لا يضمنان شيا سوا رجعا في حالة الحياة او بعد الموت اذا كانت الشهادة في حالة الحيوة وان كانت الشهادة بعد الموت يضمنان ما ورث المشهود له للمشهود عليه لان الشهادة اذا كانت في حالة الحيوة ما اتلفوا عليه المال انما الزموه النسب بشهادتهم والنسب ليس بمال ولا يدري ايهما يموت قبل الاخر فيورثه الاخر وكذا لو شهد ان عبدا مولاه اعتقه وهو يملكه وقاله المشهود عليه انا حر الاصل ثم رجعوا بعد القضا بشهادتهم لانهم الزموه الولا بشهادتهم والولا ليس بمال كالنسب وكذا لو مات فورثه الاخر ثم رجعوا لم يضمنوا شيا لان شهادتهم بالنسب والولا كان في حال الحيوة وذلك لا يكون سبب الميراث وان كان المشهود له ملكها المشهود عليه لولا شهادتهم وقد شهدوا بالنسب حال حيوته ضمنوا قيمته المشهود له للمشهود عليه ان رجعوا في حيوته ولم يضمنا ما ورث المشهود له وان شهدا بعد موته يضمنان ما ورث المشهود له بحصه مع القيمة لان علة استحقاق الميراث القرابة والموت وكان بمنزلة الحكم المعلق المعلل بعلة ذات وصفين فيضاف الى اخرهما وجودا لان لكل واحد منهما اثرا في اثبات الحكم الا ان الوصف الاخر يترجح باتصال الحكم به ووجود تمام العلة وثبوت الحكم باعتبار تمام العلة وهذا لان الوصف الاخر يشارك الاول في العلية وهو تمام العلة الاولى فكان بمنزلة الشرط والحكم قد يضاف الى الشرط فيترجح باعتبار الشرطية كما قلنا في مسلة السفينة والقدح المسكر وبه الخلاف ما اذا شهدوا بجد ثم اخر فقضى القاضي ثم رجعا فانهما يضمنان ولا يضاف الاتلاف الى اخرهما لان الشهادة [illegible] شيا بدون القضا وانما يقضي القاضي بشهادتهما جميعا فهو وما لو شهدا معا [illegible] اوهنا السبب قد ثبت قبل الموت ثم الموت لم يكن مشهودا به واستحقاق الميراث به لانه اخر الوصفين وجودا واذا كان الموت اولا فهو غير موجب والاستحقاق يثبت بالنسب وانه اخر الوصفين وجودا وهذا لان الشهادة اذا كانت في حال الحيوة لم تقع اتلافا على المشهود عليه لا محالة او يكون اتلافا بعوض لانه كما يستحق المشهود له ميراثه فالمشهود عليه يستحق ميراثه ولم يكن غرضهم الاتلاف على المشهود عليه بخلاف ما اذا كان بعد الموت لانه اتلاف لا محالة بغير عوض فكان غرضهم الاتلاف **وجه اخر** ان من اقر لانسان بشي ثم استحق المقر به بالبينة لم يضمن المقر شيا لان بالاستحقاق ظهر ان الاقرار **وجه اخر** ان الوارث اذا اقر على مورثه بالدين

فاملكه لغيره فكان باطلا ثم

بالدين يصح اقراره في حق نفسه خاصة حتى [illegible] نصيبه اذا كذبه بقية الورثة ليتقدم الدين على الميراث وقصور الحجة اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل له جاريتان لكل واحد منهما ولد وولدتهما في ملكه فشهد شاهدان [illegible] ان المولى ادعى نسبه وشهد اخران لاخرى انه ادعى نسبه وهو يجحد ذلك كله وقضى القاضي بشهادة الفريقين بنسب الولدين وامومية الولد للامين ثم رجعوا عن شهادتهم فلا يخلو اما ان كانت الشهادة والرجوع حال حيوة المولى او كانت الشهادة حالة الحياة والرجوع بعد الموت او كانت الشهادة والرجوع بعد الموت او كانت الشهادة والرجوع بعد الموت ففي الوجوه كلها لا يبطل نسب الولد ولا امومية الولد لهما [illegible] لان رجوع الشهود [illegible] في حقهم لا في حق المشهود له الا ان في الوجه الاول يضمن كل فريق للمولى قيمة الابن الذي شهدوا به وما انتقص من قيمة امته امه الى ان صارت قيمتها ام ولد لانهما اتلفا ذلك على المولى لولا شهادتهما لكانا مملوكين [illegible] زاد على قدر النقصان من الاستسعا تلفاه بعد الموت لان في الحال ما اتلفاه حالا نصا [illegible] اتلفاه مؤجلا نصا [illegible] حلول الاجل ثم كيف يعرف نقصان قيمة ام الولد قال [illegible] قيمة ام الولد ثلث قيمتها قنة وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا وهو اختيار القاضي الامام علي [illegible] وشمس الائمة السرخسي واستاذنا رحمهم الله لان في القن ثلاثة انواع من المنافع الاستخدام والبيع وقضا الدين بعد الموت وفي ام الولد فات منفعة البيع وقضا الدين لانه وصية فبقي الثلثان وذكر الشيخ الاسلام خواهرزاده في الدعوى في قيمة المدبر اختلاف المشايخ قال [illegible] نصف قيمة القن لان قبل التدبير كان له فيه نوعا منفعة البيع وما شاكله ومنفعة الاجارة وما شاكلها وقد زال احدهما وهو البيع وبقي الاخرى فتاتي الى الليث رحمه الله كذلك وهو اختيار الصدر الشهيد رحمه الله وقال بعضهم يقوم قنا ويقوم وقد تعلق عتقه بموت السيد فاذا هذه المنافع فيظهر التفاوت والنقصان وقيل هذا اصح واليه اشار محمد رحمه الله في الكتاب وهو اشبه بمذهب ابي حنيفة رحمه الله في التقدير هذا هو الحكم [illegible] معلومات [illegible]. ولا وارث له غير الابنين وجعل كل واحد منهما نسب صاحبه وقيمة لان كان ماله بينهما وعتقت الجاريتان بموت المولى لعدم صحة رجوعهم في حقهما ويضمن [illegible] للابن الاخر نصف قيمة ام الاخر لان كل فريق زعم عند الرجوع انه اتلف ما بقي من الجارية بشهادته على المولى بغير حق لان علة عتق ام الولد ثبات النسب والموت [illegible] والحكم يضاف الى العلة فقد زعم كل فريق ان قيمة ما بقي من الجارية صار دينا عليه للمولى وبموته صار ميراثا بين الابنين الا ان المشهود له بالنسب بريه عن حصته [illegible] يقول شاهدي صادق في

البولي [illegible]

في الشهادة كاذب في الرجوع فبقي حصة الابن الآخر ولا يضمن كل فريق قيمة الابن المشهود به
ونقصان امومية الولد للابن الآخر لانهما ضمنا ذلك للاب مرة فلا يضمنان ثانيا ولا
يضمن كل فريق ما ورثه الابن المشهود له للابن الآخر لانهما شهدا بالنسب حال حياة المورث
والشاهد بالنسب حال الحياة لا يضمن الميراث لما ذكرنا ثم يرجع كل فريق على الابن المشهود
له فيما ورثه من الاب بجميع ما اخذ منه الاب من قيمته وقيمة امه في حياته لان الابن
المشهود له يزعم ان شاهديه صادقين في الشهادة كاذبين في الرجوع وان ما اخذ الاب
منهما اخذ بغير حق وصار ذلك دينا في تركته وكذبه الابن الآخر في ذلك واحد الابنين
اذا اقر على ابيه بالدين وكذبه الآخر يستوفي ما اقر به كله من نصيبه لان الدين مقدم على
الميراث وهذا اذا لم يرث عينا مما اخذ الاب من الشاهد اما اذا ورث عينه يجب عليه
رد عينه لانه يزعم انه في يده بغير حق بحكم الغصب فيرد عينه فان قيل كل واحد
من الابنين وان اقر لشاهديه بذلك الا ان الشاهدين لما ثبتا على الرجوع فقد كذباهما في
ذلك ومن اقر لانسان بمال وكذبه المقر له بطل اقراره قيل له من مشايخنا وهم مشايخ
بلخ رحمهم الله قالوا انما قيل ما ذكر محمد رحمه الله في الكتاب اذا ثبتا على الشهادة ورجعا
عن الرجوع اما اذا ثبتا على الرجوع لا يرجعان على الابن فيما اخذ من الميراث واما مشايخ
العراق رحمهم الله قالوا يرجع كل فريق بما اخذ منهما الوالد في حياته ثبتا على الرجوع او رجعا
عنه والاطلاق محمد رحمه الله [illegible] هو الاصح اما اذا رجعا عن الرجوع فلانهما صدقا
الابن واما اذا ثبتا فلان ثباتهما محتمل يحتمل ان الوالد لم يترك الولد الذي شهدا له اصلا فهما
كاذبان حقيقة ويحتمل انهما صادقان حقيقة لكن لم يعلما بدعوى الاب بل سمعا من غيرهم والابن
المشهود له يعلم بدعوى الوالد فعلى اعتبار الاول يكون الثبات تكذيبا للابن في الاقرار
بالدين له وعلى اعتبار الثاني لا يكون تكذيبا فلا يثبت التكذيب بالاحتمال ولا يرجع كل فريق على
الابن المشهود له وان زعم ان اخاه اخذ [illegible] بغير حق وصار دينا عليه متى استهلكه الا ان
ما يصير دينا على اخيه لا يلزمه ان يقضيه من نصيبه مما ورث وفي الوجه الثاني وهو ما اذا
كانت الشهادة في حياة المولى والرجوع بعد موته يضمن كل فريق للابن الذي لم يشهد له نصف قيمة
الابن الذي شهد له ونصف قيمة امه امة بخلاف الاول لان الضمان هنا وجب على الشاهد
بعد موت المشهود عليه وقد زعم كل [illegible] ان قيمة الابن الذي شهد له صار دينا عليه للاب وصار
ميراثا بين الابنين الا ان الابن المشهود له ابرأهما عن نصيبه فبقي حصة الآخر وثمة الضمان
وجب قبل موت الاب للاب [illegible] فلم يبرئهما عن الضمان وانما نصف قيمة امه امة بخلاف

الوجه

الوجه الاول لان ثمة ضمن في حال حياة الاب النقصان للاب فلا يضمن مرة اخرى للابن
واما هنا لم يضمنا النقصان للاب فيضمنان الكل للابن ولانه زعم كل فريق انه اتلف ما شهدا به
على الابن الآخر لانه لولا شهادتهما كان المشهود له مع امه مملوكين للابن الآخر وقد اتلفا على
ذلك بشهادتهما فيضمنان له ولا يرجع كل فريق بما ضمنا للابن الذي لم يشهدا له من قيمة
المشهود له وقيمة امه على الابن المشهود له بخلاف الوجه الاول حيث يرجع عليه بما ضمن
للاب من قيمته ونقصان امه صار دينا على الاب لانه هو الآخذ والمستهلك وما وجب
على الاب من الدين يستوفى من ميراثه وهنا صار دينا على اخيه وما وجب على اخيه لا يستوفى
من ميراث ابيه ولا يضمن كل فريق للابن الذي لم يشهدا له ما ورثه الابن الذي شهدا له لانهما شهدا
بالنسب حال الحياة فكان الاستحقاق بالموت وهما لم يشهدا بالموت وهي بمنزلة صبي في يد
رجل لا يعرف انه حر او عبد فشهد شاهدان على اقراره انه ابنه فاثبت القاضي نسبه
منه ثم مات الرجل فقضي له بميراثه لم يضمنا شيئا لانهما شهدا بالنسب حال حياته و
استحقاق الميراث يضاف الى الموت وهذا بخلاف ما لو شهدا انه اوصى لفلان
بثلث ماله في حال حياته او بعد موته ولم يختصموا في ذلك حتى مات وقضى القاضي له بالثلث
ثم رجعا ضمنا الثلث للمشهود عليه لان الشهادة وان كانت في حالة الحياة الا ان
استحقاق الوصية عند الموت بالعقد لا بالموت فان الملك للموصى له متجدد ثابت
بالعقد بخلاف الميراث فانه خلافة على معنى انه يبقى للوارث عين الملك ما كان للمورث وهذه
الخلافة لا تتحقق الا بالموت يوضح الفرق ان الشهادة بالنسب في حالة الحياة وان كانت
توجب الميراث بعد الموت ففيها معنى المعاوضة لجواز ان يموت المشهود له اولا فلهذا
لا يجب الضمان على الشهود ولا يتحقق مثل هذا المعنى في الشهادة بالوصية وكان بمنزلة
الشهادة على النسب بعد الموت فيكون موجبا للضمان وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت
الشهادة والرجوع بعد الموت وقد ترك الميت ابنا معروفا ومالا كثيرا ضمن كل فريق للابن الذي
لم يشهدا له جميع قيمة الابن الذي شهدا له وجميع قيمة امه امة وجميع ما ورثه الابن المشهود له
اما جميع قيمة الابن وجميع قيمة الام امة فلما ذكرنا في الوجه الثاني الا انه هنا يضمنان النصف للذي
لم يشهدا له وهنا يضمنان الكل لانه اقر بالدين للاب ثم ما وجب للاب يصير ميراثا
بينهما وكل ابن ابرأ شهوده عن نصيبه فيضمن نصيب الآخر [illegible] البراءة عن نصيبه بابرائه
بمنزلة البراءة باستيفائه لان الابراء اتلاف للدين والاتلاف بمنزلة القبض والاستيفاء فصار
كان الابن المشهود له استوفى حصته من ميراث ابيه من شاهديه فبقي حق الذي لم يشهدا له [illegible]

هنا لم يتلفا على الاب شيا وانما اتلفا على الابن الذي لم يشهدا له ولولا شهادتهما
لكان المشهود له مع امه مملوكين للذي لم يشهدا له فاذا اتلفا ذلك عليه بشهادتهما
له وهو الفرق في الميراث لان ثمه شهدا بالنسب حالة الحياة وهنا شهدا به بعد الموت (نصفان صح)
والشاهد بالنسب بعد الموت اذا رجع يضمن ما ورثه المشهود له لانهما اوجبا
الميراث بشهادتهما ولولا شهادتهما لسلم ذلك للمشهود عليه ولا يرجع كل فريق على ضمن
الابن الذي لم يشهد له فيما ورثه المشهود له لما ذكرنا ان ما وجب من الدين على الاخ
لا يوجد من نصيبه ولا يضمن الشهود للاخ شيا من الميراث وقيمة المشهود له وان
اتى كل فريق ان الميراث للاخ لان ما اقربه كل فريق للاخ استحق عليه بشهادة الفريق الاخر
الا ترى انه لو لم يشهد هذا الفريق اصلا لا يستحق الاخ شيا لانه محجوب بشهادة الفريق
الاخر وكان لكل فريق ان يقول ما اقررت لك تلف عليك بشهادة الفريق الاخر وشهادة
كل فريق لا تعمل في حق الاخر وشهادة كل فريق ومن اقر لانسان بمال ثم استحق المقر به
بشهادة غيره لم يضمن المقر شيا وهذا لان شرط وجوب الضمان تفرده بالاتلاف بحيث لولاه
لما حصل الاتلاف الا ترى انه لو شهد لعبد بمال وقضى القاضي به ثم رجع واحد لا يضمن شيا لانا
لو قدرنا عدمه كان التلف حاصلا بشهادة الاخرين ولان من حجة كل فريق ان يقول للاخ
لو غرمنا لكنا نستحق عليك الابن الاخر فلا فائدة لك في التضمين الا ترى ان من اتلف مال انسان
او غصبه وهلك في يده ثم استحق رجل ذلك المال بالبينة لا ضمان للمتلف عليه على المتلف اذا
لم يضمنه المستحق شيا لانه تبين انه لم يتلف عليه او لو ضمنه ما ضمنه غيره ولو كان الشاهد
للابنين والامتين فريق واحد بان شهد رجلان انهما سمعا المولى يقول لهما ابناي من امتي
والولدان والامتان يدعون ذلك فقضي بشهادتهما ثم رجعا فالمسألة على الوجوه الثلثة
التي ذكرنا فان كانت الشهادة والرجوع حال حياة المولى ضمنا للمولى قيمة الولدين ونقصان قيمة
الامتين بامومية الولد لما ذكرنا فان ضمنا ذلك واستهلك المولى ثم مات رجعا بما ضمنا
في ميراث الاب لان الابنين في هذه المسألة ادعيا شهادتهما فصارا مشهودا لهما فنزلا منزلة
الابن المشهود له في المسألة الاولى وثمة اذا ضمن رجع كل فريق على ضمن في ميراث الابن المشهود
له فكذلك هنا ولا يضمن الشاهدان ما تلف من قيمة الجاريتين هنا بخلاف الاول لان هنا كل
واحد من الابنين يبرئه عن حصته لانهما يقولان ان الشاهدين صادقان في الشهادة كاذبان
في الرجوع وثمة الابن المشهود له يبرئه عن حصته والابن الاخر فيغرم حصته اما اذا كانت
الشهادة حالة الحياة والرجوع بعد الموت لم يضمنا شيا لان كل واحد من الابنين ابراهما
والحق

والحقهما فيعمل ابراؤهما وتصديقهما ولا يضمنان للاخ شيا لانهما شهدا بالنسب حالة الحياة
واما اذا كانت الشهادة والرجوع بعد الموت وقد ترك الميت اخا معروفا ضمنا قيمة الابنين
والامتين والميراث كله للاخ لانهما لما شهدا بعد موته فقد اقرا بجميع ميراثه للاخ لولا شهادتهما
وان الابنين مع امهما مملوكين للاخ الا انهما لا يصدقان في حق الابنين والامتين ويصدقان على
انفسهما فيضمنان للاخ جميع ذلك بخلاف المسألة الاولى لان ثمة وان اقر كل فريق الا ان ما اقر به
كل فريق استحق على الاخ بشهادة الفريق الاخر على ما ذكرنا اما هنا ما اقر به الشاهدان
للاخ لا يصير مستحقا بشهادة غيرهما فيضمنان ذلك ولو ان الشاهدين شهدا بما ذكرنا حال
حياة المولى والولدان صغيران فقضي بشهادتهما ثم كبر الولدان فهذا على وجهين اما ان صدق
كل واحد منهما الشاهدين فيما شهدا له وكذبهما فيما شهدا لصاحبه او صدقهما فيما شهدا له
ولصاحبه ففي الوجه الاول الجواب في هذه المسألة في الوجوه الثلثة كالجواب فيما اذا كان
الولدان كبيرين وصدق كل واحد منهما شاهديه فيما شهدا له وكذبهما فيما شهدا لصاحبه وهي
المسألة الاولى من الباب الا ان ثمة الشهادتان شهادتان لانه شهد لكل ابن فريق على حدة وفي
هذه المسألة الشهادة واحدة الا انها وان كانت واحدة حقيقة من حيث المعنى شهادتان
لان كل واحد من الابنين في هذه المسألة صار مشهودا له ومشهودا عليه فصار كما لو كانت
الشهادة شهادتين من حيث الحقيقة ثم قال محمد رحمه الله في هذه المسألة والشهادة لا تنقض
اذا كبر الولدان وصدقهما كل واحد منهما فيما شهدا له وكذبهما فيما شهدا لصاحبه لان الشهادة
بعد القضاء بها لا تنقض لا برجوع الشاهد ولا بتكذيب المشهود له ولم يوجد هنا اما الرجوع
فظاهر واما تكذيب المشهود له لان كل واحد منهما كذب شهوده فيما شهد عليه لا فيما شهد
له وتكذيب المشهود له الشاهد فيما شهد عليه قبل القضاء لا يمنع القضاء فاولى ان لا يبطله
بعد القضاء الا ترى انه لو ادعى على اخر الفا واقام البينة فقبل القضاء ادعى المدعى عليه
على المدعي ما به دينار وانكر المدعي فشهد عليه شاهداه تقبل شهادتهما في المال وان كان
كل واحد منهما يكذب شاهده فيما شهد عليه وكذا لو ادعى على اخر الفا واقام شاهدين
فشهدا على المال وشهدا بجرحهما انه قد قضاه تقبل شهادتهما ويقضى بالالف وان كذب شهوده
بعد القضاء ثم تخصيص محمد رحمه الله المسألة بالصغيرين لا يدل على ان الحكم في الكبيرين بخلافه لان التخصيص (شاهد بعد)
بالذكر لا يدل على نفي ما عداه الا انه حصر الصغيرين لبيان انه تقبل الشهادة هنا مع انعدام الدعوى
منهما حقيقة وقت الشهادة فلان تقبل في الكبيرين مع وجود الدعوى كان اولى وفي الوجه الثاني
وهو اذا ما صدقاهما فيما شهدا له ولصاحبه فالجواب فيه في الوجوه الثلثة كالجواب فيما

اذا كان الولدان كبيرين وقد صدق كل واحد منهما شاهديه فيما شهدا له ولصاحبه وهي
المسئلة الثانية من الباب فان قيل كيف تقبل الشهادات اذا كانا صغيرين ولا مدعي لهذه الشهادات
والشهادات على النسب لا تقبل من غير دعوى بالاجماع وعلى حرية العبد عند ابي حنيفة قلنا وجد
دعوى الامتين فان كل واحدة تدعي نسب ولدها وحريته وقد صحت الدعوى منهما لان ما يدعي
كل واحدة منهما سبب لثبوت حقها في موجبة الولد فتقوم دعوى كل واحدة منهما مقام دعوى
ولدها فقد وجد الدعوى من الولد باعتبار ان لم يوجد حقيقة وهذا لان للام ولاية على الولد
فيما فيه منفعة له كما في قبول الهبة وقبضها مع قيام الاب ودعوى نفقته على الاب والقسط
بعد على نفقته ولهذا لو كانت تبنت عن نفسها وعن ابن صغير لها جاز لمعنى النظر فكذا هذا ٥ وفي
المبسوط اذا ادعى رجل انه ابن رجل والاب يجحد فاقام البينة انه ابنه ولد على فراشه فقضى
بذلك ثم رجعوا عن شهادتهم فلا ضمان عليهم لانهم لم يشهدوا عليه بالمال وانما الزموه النسب بشهادتهم
والنسب ليس بمال ولا يدرى انه يموت اولا ولو شهدوا على رجل انه ابن هذا القتيل لا وارث له غيره
والقاتل يقر انه قتله عمدا فقضى له بالقصاص وقتله الابن ثم رجعوا عن شهادتهم فلا ضمان عليهم
في القصاص لان القصاص ليس بمال فلا يضمنونه للورثة المعروفين وان اتلفوه بشهادتهم عليهم
كما لو شهدوا بالعفو على ما ذكرنا ولكن يضمنون كل مال ورثه هذا الابن من المقتول لورثته المعروفين
لانهم شهدوا بالنسب بعد الموت وكان المشهود به متمما علة استحقاق الميراث فيحال باستحقاق
الميراث عليهم ولو كان في يد رجل عبد صغير وامة فشهدا بان انه اقر ان الصغير ابنه وشهدا
آخران انه اعتق هذه الامة ثم تزوجها على الف درهم وهو يجحد فقضى بجميع ذلك ثم مات الرجل عن
ابنين سوى الصبي فاخذت المرأة المهر وقسم الباقي بينهم ثم رجعوا عن شهادتهم يضمن شهود
الابن قيمته للورثة الا نصيب الابن منها لانهم اتلفوا ملكه في العبد بشهادتهم لانه لولا شهادتهم
كان القول قوله ان الصغير عبده فانه لا يعبر عن نفسه فيصير قيمته دينا عليهما ميراثا
لورثته الا ان الابن المشهود له كذبهما في الرجوع وزعم انه لا ضمان عليهما وزعمه معتبر في حقه
ويضمن شهود الامة قيمة الامة لا ميراث الامة منها لهذا المعنى لا يضمنون غير ذلك الا ان يكون
الالف اكثر من مهر مثلها فيضمنون الفضل لاقرارهم انهم الزموه ذلك الفضل بغير عوض ولكن
يطرح منه حصتها منه ميراثها لانها تكذبهم في الرجوع فيعتبر زعمها في حقها ولا ضمان عليهم
فيما اصاب المشهود له من الميراث لانهم شهدوا بالنسب والنكاح في حالة الحياة ولو شهدوا لرجل
مسلم كان ابوه كافرا انه مات مسلما وللميت ابن كافر فقضى بماله للابن المسلم ثم رجعوا ضمنوا
الميراث كله للكافر لانه لولا شهادتهم كان الكل له لانه عرف كفر ابيه من الاصل ولو اسلم كافر

ثم مات وله ابنان مسلمان كل واحد منهما يدعي انه اسلم قبل موت ابيه واقام كل واحد منهما
شاهدين فورثهما القاضي ثم رجع شهود احدهما ضمنوا جميع ما ورثه الاخر لان الاخر اثبت
بينته استحقاق جميع الميراث لنفسه لولا شهادتهما فالمشهود له انما اخذ نصف ذلك
بشهادتهما وقد اقرا بالرجوع انهما شهدا بغير حق ٥ والله اعلم ٥

باب الرجوع عن الشهادات في النكاح والطلاق

اصل الباب ما ذكرنا ان الشاهد عند الرجوع يضمن ما اتلف بشهادته اذا كان المتلف
مما يضمن بالاتلاف الحقيقي اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله اذا تزوج الرجل امرأة ولم يدخل
بها حتى شهد شاهدان بطلاقها والزوج والمرأة ينكران ذلك فقضى القاضي بالطلاق وبنصف
المهر ثم مات الزوج فرجع الشاهدان غرما لورثة الزوج نصف المهر لان الورثة قائمون مقام الزوج
ولو رجعا حال حياته غرما له نصف المهر الذي اخذته المرأة وكذا اذا رجعا بعد موته وانما ضمنا
للزوج نصف المهر لوجهين احدهما انهما اكدا على الزوج نصف مهر كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة
من جهتها بالردة وغيرها بغير حق والتأكيد بغير حق بمنزلة ايجاب مبتدأ بغير حق في حق
ايجاب الضمان وان كان دونه كما جعل ازالة اليد بغير حق بالغصب بمنزلة الاتلاف في حق ايجاب
الضمان وان كان دونه وايجاب المال مبتدأ بغير حق يوجب الضمان لانه اتلاف فكذا تأكيد المال بغير
حق الا ان هذا الوجه نوع نظر بالحكم والمعقول اما الحكم فلانه لو قتلها رجل قبل
الدخول بها حتى وجب على الزوج كمال المهر لا يرجع الزوج على القاتل بشيء من المهر وان اكده ومنعه
من السقوط بالردة والتقبيل واما المعقول وهو انهما ان العدوان مقيد بالمثل ولا مماثلة
من ابتداء الوجوب وتأكيد الوجوب والوجه الصحيح وهو ان الرجوع المشهود بالرجوع
اوجبا ان الفرقة وقعت لا من جهة الزوج قبل الدخول والفرقة متى وقعت لا من جهة الزوج قبل
الدخول توجب سقوط كل المهر او الرجوع له على من جاءت الفرقة من قبله بما ضمن من المهر
منهما باضافة الفرقة الى الزوج اتلفا عليه نصف المهر لكونها مضافة اليهما فقد ابطلا عمل
السبب في السقوط فيضمنان ولا يضمنان لورثة الزوج من قيمة البضع شيئا وان اتلفا على
الزوج ملكه في بضعها بغير حق لانهما لو رجعا في حال حياة الزوج لا يغرمان له شيئا فكذا لمن
قام مقامه وهذا لان الشاهد انما يضمن ما يضمن بالاتلاف الحقيقي ومنافع البضع لا تضمن بالاتلاف
الحقيقي لانه ليس بمال حقيقة وحكما حالة الخروج وقد ذكرنا هذا في الشهادات ولا يغرمان
للمرأة شيئا مما زاد على نصف المهر وان كان لولا شهادتهما لاستحقت كل المهر لان حقها لم يكن ثابتا
وقت الشهادة في اكثر مما اخذت ولانهما وان اتلفا عليها نصف المهر لكن بعوض لانهما اخرجا

البضع صح

نصف المهر عن ملكها واذا خلا منافع البضع في ملكها بتسليمه فلا يجب عليهما الضمان كما
لو شهدا على الاقالة في الاجارة ثم رجعا لا يضمنان كذلك هنا واختلف المشايخ رحمهم
الله منهم من اطلق الجواب ولم يجعل خلافا لما قلنا ومنهم من قال هذا قول ابي حنيفة
وابي يوسف الاول اما على قول ابي يوسف الآخر وهو قول محمد يضمنان للمرأة ما زاد على نصف
المهر وهذا اصح لان الشاهدين لما رجعا فقد زعما ان الزوج لم يكن طلقها الا انهما زعما
ان عند ابي حنيفة وابي يوسف الاول رحمهما الله وقع الطلاق بقضاء القاضي فكان بمنزلة
ما لو وقع بايقاع الزوج ولو وقع بايقاع الزوج لم يكن حقها الا في نصف المهر فكذا اذا وقع
بقضاء القاضي وعند ابي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمهما الله الزوج لم يكن طلقها ولا
وقع الطلاق ايضا بقضاء القاضي فكان حقها ثابتا في جميع المهر وانما فات عليها امكان
الاخذ فيما زاد على النصف بشهادتهما فكانا متلفين بالضمان فيجب ان يغرما ولا ميراث
للمرأة ادعت الطلاق او لم تدع اقرت الورثة او لم يقروا اما اذا لم تقر فلان رجوعهما
لا يعمل في حق الورثة فصار وجود الرجوع منهما وعدمه بمنزلة ولو عدم لم يكن لها ميراث
لانعدام الزوجية عند الموت واما اذا اقرت الورثة فكذلك اطلق الجواب في الكتاب ومن
مشايخنا رحمهم الله من اجرى الجواب على الاطلاق ومنهم من قال هذا قول ابي حنيفة وابي
يوسف الاول رحمهما الله اما على قول ابي يوسف الآخر وهو قول محمد يجب ان يكون لها الميراث
اذا لم تدع الطلاق لانهم زعموا ان الزوج لم يكن طلقها الا ان الفرقة وقعت بقضاء القاضي
فصار كما لو وقعت من جهة الزوج وعند محمد رحمه الله لا تقع لما قلنا في المهر وعند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله اذا لم يكن لها ميراث لا يغرم الشاهدان لها نصيبها من الميراث لان الميراث
انما يستحق بالموت فلا بد من قيام الزوجية عند الموت لان الموت آخرهما وجودا
واذا كان الاستحقاق بالموت فهما بشهادتهما بالطلاق لم يتلفا على المرأة شيئا من الميراث
فلا يغرمان هنا اذا شهدا حال حياة الزوج فان شهدا بعد موته انه طلقها في حياته
قبل الدخول بها وقضى لها بنصف المهر ثم رجعا ضمنا لها نصف مهرها لان بموت الزوج
تأكد جميع المهر من حيث الظاهر فهما بشهادتهما اتلفا عليها نصف المهر بغير عوض
فيضمنان عند الرجوع وضمنا ميراثها ايضا لان الميراث صار حقا لها بموت الزوج من
حيث الظاهر فهما بشهادتهما اتلفا عليها الميراث بخلاف المسألة الاولى لانها لم يستحق
الميراث بعد ولم يضمنا للورثة شيئا لانهما نفعا الورثة بما شهدا فكيف يضمنان لهم
ولو شهد شاهدان انه طلق امرأته واحدة وآخران انه طلقها ثلاثا ولم يكن دخل بها فقضي

تا فقضى بالفرقة ونصف المهر ثم رجعوا جميعا فضمان نصف المهر على شهود الثلاث ولا ضمان
على شهود الواحدة لان اصحاب الثلاث هم الذين قطعوا بشهادتهم الا ترى انها لا تحل الا قبل
الزوج ومعنى هذا ان بالثلاث يثبت في المحل صفة الحرمة وبين ذلك لا يثبت بالواحدة لان
حرمة المحل لا يحتمل التجزي وانما قضى القاضي بحرمة المحل وذلك من موجبات ما شهد به شهود
الثلاث خاصة فعرفنا ان القضاء كان بشهادتهم فالضمان عند الرجوع عليهم وهو بمنزلة ما
لو شهد شاهدان انه حلف لا يقربها يوم النحر وآخران انه طلقها يوم النحر فأباها القاضي
منه ولم يكن دخل بها والزمه نصف المهر ثم رجعوا فالضمان على شهود الطلاق دون شهود
الايلاء لانه انما قضى بالفرقة بشهادة شهود الطلاق وهذه المسألة حجة لابي حنيفة رحمه الله
في ان الثلاث غير الواحدة واذا شهد شاهدان على المرأة انها اختلعت من زوجها قبل ان يدخل
بها على ان ابرأته من المهر والزوج يدعي ذلك وهي تجحد فقضى القاضي بذلك ثم رجعا ضمنا لها
نصف المهر لانه لولا شهادتهما لكان لها نصف المهر لوقوع الفرقة قبل الدخول باقرار الزوج
فهما اتلفا عليها ذلك النصف بشهادتهما ولو كان دخل بها والمهر عليه ضمنا لها جميع المهر لما قلنا
وهو كشاهدي الابراء ان سا[illegible] والله اعلم

باب الرجوع عن الشهادات في المواريث

اصل الباب ان رجوع الشاهد عن الشهادة بعد القضاء بها معتبر
في حق الشاهد لانه في حق نفسه لعدم ولايته على غيره ويجعل في حق غيره كان ليس على الشهادة واذا اعتبر
في حقه يضمن ما اتلفه بشهادته وهو المقضي به بشرط ان يكون المقضي به مالا وان لا يكون
مستحقا عليه بشهادة غيره بحيث لو لم يشهد هو لم يستحق عليه ونفي في ملكه لانه لو استحق
عليه بشهادة غيره لا يكون التلف مضافا الى شهادته بل الى شهادة غيره وهو الثاني على الشهادة وان
لا يكون الاتلاف بعوض لانه لو كان بعوض يسلم للمشهود عليه من جهة الشاهد عوض ما اتلف عليه
من غير ولا يجوز ان يكون الشيء الواحد مضمونا على شخصين بضمانين ولان الاتلاف بعوض لا يكون اتلافا
معنى الا ترى ان المريض المديون غير محجور عن بيع الشيء بمثل قيمته وكذا الوصي في مال اليتيم يتصرف
اما ان الوارث يقوم مقام المورث فيما يجري فيه الارث كانه هو ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه
ويصير مغرورا فيما اشتراه المورث ومن اصل ان القاضي يجب ان يصون قضاءه عن النواقض
ما امكن فيحتاط في دفع ما ينقض قضاءه ان امكن وان لم يمكن يقتضي اذا تحقق السبب ولا يعتبر
الا موهوم لان الموهوم لا يعارض المتحقق اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل مات فشهد
شاهدان لرجل انه عم الميت اخو ابيه لابيه وامه ووارثه لا يعلمون له وارثا غيره ولم يثبت
القاضي ذلك حتى شهد عند رجل بعتق بها ومنكر لقرابته فان القاضي يجعل المودع خصما ويقضي

بالملك للعم فرق بين هذا وبينما اذا كان المودع حيا وادعى انسان انه اشترى هذه الوديعة
من فلان والمودع مقر بالوديعة منه الا انه ينكر شرى المدعي فاقام المدعي البينة على الشرى
لا يقبل بينته لتصادق المدعي والمودع على كونه مودعا والمودع لا ينتصب خصما لمدعي الملك
والفرق ما اشار اليه محمد رحمه الله في الاصل وهو ان العم يدعي انه وارث الميت والوارث يقوم
مقام الميت في املاكه وحقوقه المالية والعقود التي باشرها كانه هو ولو كان المودع حيا واراد
اخذ الوديعة فقال المودع اودعني هذا المال فلان بن فلان واقام المدعي البينة انه فلان بن فلان
تقبل بينته وينتصب المودع خصما لانه لو لم ينتصب خصما ادى الى ابطال حقه فكذا ينتصب خصما
لمن قام مقامه فاما المشتري لا يقوم مقام البائع فيما ملكه من جهته كانه هو الا ترى انه لا يرد على
بايع بايعه بالعيب فلا ينتصب خصما لان المودع انما ينتصب خصما للمودع ولمن قام مقامه كانه هو
كما ينتصب خصما لوكيله فعوض المشتري من الوارث لو اقام البينة انه اشترى منه ووكله بالقبض
لانه بالتوكيل صار قائما مقامه ولان في الميراث لو لم يجعل الوارث خصما ادى الى انه لا
يصل الى صاحب الحق حقه قط لانه لا يتصور حضور الميت اما في الشرى يتوهم حضوره بنفسه
فلا يكون المشتري خصما ما لم يحضر البائع نظيره ما ذكرنا في الدعوى في المسئلة المخمسة انه لو
ادعى الايداع من رجل مجهول لا يندفع عنه الخصومة لانه لو اندفع لا يصل المدعي الى حقه ولو ادعى
من معلوم يندفع لانه لا يتصور الوصول الى حقه واذا قضى بالنسب والمال الوديعة بحقه ودفع
اليه ثم شهد اخران لرجل اخر انه اخو الميت لابيه وامه ووارثه لا يعلمان له وارثا غيره
تقبل هذه الشهادة لانه لا منافاة بينهما فانه يجوز ان يكون الاول عما للميت والثاني اخا والشهادة
الثانية قامت على خصم ايضا لانها قامت على العم والمال في يده وهو يزعم انها له وينكر كونه
اخا فينتصب خصما له واذا قضى بشهادته يوجد المال من العم ويدفع الى الاخ لتقدمه على
العم في الميراث فاذا دفع اليه ثم شهد اخران لاخر انه ابن الميت تقبل ايضا لانه لا منافاة
وقد قامت على الخصم ايضا فيوجد المال من الاخ ويدفع الى الابن لان الابن مقدم على الاخ فاذا
قضى بذلك ثم رجع الشهود عن شهادتهم فلا ضمان على شاهدي العم والاخ اما شاهدي العم
فلانهما لو ضمنا انما يضمنان للمودع لا للاخ لانهما ما شهدا على الاخ ولا يجوز ان يضمنا للمودع
وان ازالا بشهادتهما الباطلة يده لان زوال يده مستحق بشهادة غيرهما وهو شهادة الاخ
او الابن الا ترى انه لو لم يشهدا قضى بازالة يده بشهود الاخ او الابن فكان زوال يد المودع
مستحقا بشهادة ستة نفر وقد بقي اربعة على الشهادة وانه كاف لزوال يده فكان
زوال يده مضافا الى من بقي لا الى شاهدي العم فان قيل هذا هكذا ان لو بقيت الاربعة

الاربعة على شهادتهم وهم قد رجعوا ايضا فلا يبقى من يقوم ببقائه شيء من الحق قيل له صح
الاربعة بعد رجوعهم لان حق شاهدي العم كما انه بطل في حقهم لان حق المشهود عليه فاذا لم
يبطل فكانهم لم يرجعوا واما شاهدا الاخ فلانهما وان ازالا بشهادتهما الباطلة ملك العم لكن
زوال ملك العم مستحق بشهادة شاهدي الابن ويضمن شاهدا الابن للاخ ما اخذ الابن لانهما ازالا
بشهادتهما الباطلة ملك الاخ لان زوال ملك الاخ غير مستحق عليه بشهادة غيرهما فكان
مضافا الى شهادتهما لا غير وكذا لو حضر الشهود معا عند القاضي وشهدوا بما وصفنا
ثم رجعوا لانه امكن القضاء بالدعاوى كلها لعدم المنافاة لانه يجوز ان يكون للميت عم واخ
وابن وقد قامت البينة على الكل فوجب القضاء بالكل فكان الجواب فيه كالجواب فيما
اذا شهدوا على التعاقب وحكي عن الشيخ ابي الحسن الكرخي رحمه الله انه قال ما ذكر
محمد رحمه الله من الجواب في المسئلة ان شاهدي الابن يضمنان للاخ ما ورثه الابن لا يصح لان
القاضي لم يقض بالاخوة هنا لانه قارن القضاء بالاخوة ما يمنع القضاء بها وهو قيام البينة
العادلة على البنوة لان قيام البينة على البنوة يمنع القضاء بالميراث للاخ لانه لا يرث مع
الابن فيمنع القضاء بالاخوة ايضا من غير استحقاق ميراث او نفقة لا يجوز واذا لم يقض بالاخوة
فشاهدا الابن لم يتلفا على الاخ شيئا فلا يضمنان وهو نظير ما ذكرنا في الشهادات اذا شهد
شاهدان بالدين وشاهدان بالبراءة او شاهدان بالبيع وشاهدان بقبض الثمن فانه لا يقضى
بالدين او الثمن لان القضاء بهما قارن ما يمنع القضاء وهو القبض والابراء الا ان يكون تاويله
ان الاخ اعاد البينة على الاخوة بعد ذلك ثانيا لانه امكن للقاضي القضاء بها فان شهود الابن قد
رجعوا عن شهادتهم وقت اقامة الاخ البينة في المرة الثانية فيمكنه القضاء بها فيتبين انهم
اتلفوا عليه او شهدوا معا لكن عدلت شهود العم فيقضى بها ثم عدلت شهود الاخ فيقضى بها ثم
عدلت شهود الابن فقضى بها في الباب ان القاضي ينبغي له ان يصون قضاءه ولا يقضي بشهادة
شهود العم والاخ ما لم يظهر عدالة شهود الابن او جرحهم لكن مع هذا لو قضى نفذ قضاؤه لانه
قضى بشهادة العدول فينفذ الا ترى انه لا ينبغي ان يقضي بشهادة الفاسق او المستور ولو
قضى ينفذ وكان القضاء لهم على التعاقب فكان هنا والاول سواء فاما اذا شهدوا معا
وعدلوا معا فهذا الجواب غير صحيح والى هذا ذهب عامة مشايخنا رحمهم الله ومن مشايخنا
رحمهم الله من قال ما ذكر من الجواب صحيح على كل حال لانه لم يقارن القضاء بالاخوة الا البينة
العادلة على النسب وهذا لا يمنع القضاء بالاخوة لانه لا منافاة بينهما فانهما يجتمعان فيمكنه
القضاء بالاخوة مع قيام البينة العادلة على النسب فيقضي بها فلا يحتاج الى اقامة البينة على

الاخرى باسا بخلاف الدين مع الابراء والثمن مع القبض للمنافاة في الحال وهذا لان شرط صحة
دعوى النسب والقضاء به دعوى المال لا وجوب المال وقد وجد دعوى المال الا انه وجد
المانع من القضاء بالمال ولا مانع من القضاء بالنسب فيقضى به رجل مات وترك ابنا لا وارث
له غيره وترك ثلثة الاف درهم لا مال له غيرها فشهد شاهدان لرجل ان الميت اوصى له وهو
الاكبر بثلث ماله وشهد اخران لاخر وهو الاوسط بمثل ذلك وشهد اخران لاخر وهو الاصغر
بمثل ذلك والوارث يجحد ذلك كله والموصى لهم يجحد كل واحد منهم وصية صاحبه وزكيت الشهود
فان القاضي يقضي بالوصايا كلها لقيام الحجة ويقسم الثلث بينهم اثلاثا لان الثابت بالبينة
كالثابت عيانا ولو عاين القاضي انه اوصى لكل واحد منهم بثلث ماله على الانفراد على التعاقب
فانه يقضي بالوصايا كلها لان الوصية بثلث ماله للثاني بعدما اوصى به للاول لا يكون رجوعا
عن الاول لان الثانية انصرفت الى ثلث اخر وكذا الوصية للثالث بعد الاوسط الا ترى انه
لو رد احدهم كان جميع الثلث للاخر ولو اجازت الورثة الوصايا كلها اخذ كل واحد منهم ثلث
المال كاملا الا ان محل الوصية لما كان هو الثلث ضاق المحل عنه لاجتماع عن استيفاء الحقوق
فيقسم بينهم بقدر حقوقهم كالتركة اذا اجتمع فيها ديون وهي لا تفي بجميعها يقسم على قدر
حقوقهم ويجعل الورثة في التركة عند العول فكذا اذا ثبت بالبينة فلو قسم الثلث بينهم اثلاثا
ثم رجعوا عن شهادتهم لم يضمنوا للابن شيئا ويضمن كل فريق للذين لم يشهد له ثلث الثلث بينهما
حتى يصير في يد كل واحد من الموصى لهم ثلث الثلث اما الضمان عليهم للابن فلان انا الوارث الثلث
عن ملكه بغير حق لان كل فريق يحتج على الابن ويقول ان الثلث انما ازيل بشهادتي وشهادة
الفريقين الاخرين فكان شهود الاوسط والاصغر لم يرجعوا عن شهادتهم في حق شاهدي
الاكبر ولو كان كذلك لم يضمن شاهدي الاكبر وكذا شاهدي الاوسط والاصغر ولانه لولا شهادة
احدهم لكان يستحق عليه بشهادة الاخرين واما ضمان الثلث على كل فريق للذين لم يشهد
لهما لان شاهد كل واحد من الموصى لهم اتلف بشهادتهم ثلث المال على اللذين لم
يشهد لهما بغير عوض اما الاكبر فانه يقول ان الشاهدي الاوسط لولا شهادتكما بالثلث
للاوسط لكان الثلث بيني وبين الاصغر نصفين لكل واحد منا سهم ونصف فانكسر
فاضرب مخرج الكسر وهو اثنان في اصل الحساب وهو ثلثة فصار ستة فصار
الثلث وهو ستة بينهم على ثلثة لكل واحد منهم ثلثة وهو سهمان فيقول الاكبر
لشاهدي الاوسط لولا شهادتكما لكان السهمان اللذان اخذهما الاوسط بيني وبين
الاصغر نصفين لكل واحد منا سهم فانتما بشهادتكما اتلفتما علينا سهمين فعليكما

فعليكما ضمان ذلك فيضمنان للاكبر والاصغر ما اخذ الاوسط بينهما فيحصل في يد كل
واحد منهما ثلثة اسهم ويضمن شاهدي الاصغر سهمان بين الاكبر والاوسط فصار في يد
الاكبر اربعة وفي يد الاوسط ثلثة ويضمن شاهدي الاكبر سهمان بين الاوسط والاصغر
فيحصل في يد كل منهم اربعة وهي ثلث الثلث هذا اذا شهدوا معا وعدلوا معا وقضى لهم
معا فان شهدوا على التعاقب وعدلوا على التعاقب وقضى على التعاقب بان شهد
شاهدان للاول وقضي بالثلث له ثم شهد اخران للثاني وعدلا ودخل الاول في
الثلث ثم شهد اخران للثالث فقضى له ودخل معهما في الثلث ثم رجعوا بعد ذلك كان
الجواب في وجوب الضمان عليهم كالجواب فيما اذا شهدوا معا وقضي بالثلث بينهم معا
لان القاضي انما يقضي لكل واحد منهم بالثلث كما اذا شهدوا معا وعدلوا معا فالقاضي
يقضي بالوصايا كلها وان فارق القضاء بالوصية لكل واحد منهم الوصية لصاحبه
فلان يقضي هنا ولم يقارن كان اولى ولو شهد شاهدان ان الميت اوصى بالثلث لهذا
وقضى القاضي بذلك ثم شهد اخران انه رجع عن الوصية الاول واوصى بالثلث لهذا الثاني
وقضى القاضي له ثم شهد اخران انه رجع عن الوصية للثاني واوصى لهذا الثالث نقض
بالوصية للثالث ويدفع اليه وكذا لو شهد الفريق الثاني بعدما دفع الى الاول والفريق الثالث
بعدما استرد من الاول ودفع الى الثاني لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاين
القاضي بعد ذلك فكذا اذا ثبت بالبينة فلو رجعوا والثلث الف يسلم الثلث للثالث
ولا ضمان على الشهود للوارث لما قلنا ويضمن شاهدا الثالث للاوسط جميع الثلث
ويضمن شاهدي الاوسط للاول نصف الثلث ولا يضمن شاهدا الاكبر شيئا اما شاهدا
الثالث لان الاوسط يقول لهما اثبت وصيتي والرجوع عن الوصية الاولى ولولا شهادتكما
لكان الثلث سالما فاذا كان تلف بشهادتكما يضمنان ذلك واما شاهدا الثاني يضمنان
نصف الثلث للاول لانه يقول اثبت وصيتي ولولا شهادتكما للثاني لكان الثلث بيني
وبين الثالث نصفين لاني اثبت الوصية بالبينة والثالث اثبت الوصية بالبينة
ولم يثبت الرجوع عن وصيتي ولانهما شهدا بشيئين بالرجوع عن الوصية الاولى وبالوصية
الثانية والقاضي قد ابطل شهادتهما بالوصية للثاني حيث قضى بالثلث للثالث
ولم يبطل شهادتهما بالرجوع عن الاول فاذا كانت شهادتهما بالرجوع عن الاول بحالها
عرفنا ان تلك الشهادة نصف الاول لانه لولا شهادتهما على الرجوع لكان الثلث بين الاول والثالث
فيغرمان ذلك بخلاف شهادة الفريق الثالث لان القاضي لم يبطل شهادتهما فيقضى تلف

الثلث على الثاني واما شاهدا الاول لا يضمنان شيئا لان الشاهد انما يضمن ما اتلف على
المشهود عليه والمشهود عليه في حقهم الوارث وقد ذكرنا انه لا ضمان للوارث ولو لم
يرجعوا ورجع احد شاهدي الثاني وهو الاوسط عبدا فالثلث بين الاول وهو الاكبر و
وهو الاصغر يضمنان لان شهود الاكبر اثبتوا الوصية للاكبر وشهود الاصغر اثبتوا الوصية
للاصغر ولم يثبتوا الرجوع عن وصية الاكبر فيكون الثلث بينهما استشهد محمد رحمه الله في الاصل
بهذه المسئلة لبيان ان شاهدي الاوسط اتلفا على الاول نصف الثلث ولو شهد الاخران
على الاول وهو الاكبر فلم يقض بشهادتهما حتى شهد اخران انه رجع عن الوصية الاول واوصى
لهذا الثاني وهو الاوسط فلم يقض بشهادتهما حتى شهد اخران انه رجع عن الوصية للثاني
واوصى بالثلث لهذا الثالث وهو الاصغر فعدلوا جميعا قضى بالثلث للثالث وهو الاصغر
لان القضاء بالوصية للاول والثاني قارنه ما يمنع القضاء وهو قيام البينة العادلة على الرجوع
ولو قضى به يحتاج الى نقضه ثانيا وانه عبث والاصغر اثبت وصيته ولم يثبت عليه
الرجوع عن وصيته فيقضى له فان قضى له ثم رجع الشهود ضمن شهود الثالث وهو
الاصغر للورثة الثلث ... هذا وبينما اذا شهدوا بالوصايا على التفاوت ثم عدلوا على
التفاوت ثم رجعوا حيث لا يضمن شهود الاصغر للوارث شيئا والفرق ان ثمه شهود الثالث
وهو الاصغر المثبت للوصية وهو الثلث على الثاني وهو الاوسط لان القاضي قضى بالوصية
للاوسط قبل ان يقضي بشهود الاصغر فاذا رجعوا ضمنوا للاوسط اما هنا شهود الاصغر
اثبتوا الحق على الورثة لان القاضي لم يقض بالوصية للاكبر والاوسط فاذا رجعوا ضمنوا للورثة
فلو جحد الاوسط واراد ان يضمن شهود الثالث بما شهدوا عليه من الرجوع فان القاضي يقول له احضر
بينة على الوصية وخصمك شهود الثالث لان القاضي لم يقض بوصيته حتى قام البينة لانه قارن
القضاء ما يمنعه وهو قيام البينة العادلة على الرجوع عن الوصية والشهادة قبل القضاء ليس
بحجة لا توجب الحق ولهذا لو رجع الشهود قبل القضاء لا يضمنون شيئا للمدعي ولا للمدعى عليه ولهذا
لو ادعى على انسان مالا واقام البينة فقبل القضاء اقام المدعى عليه البينة على القضاء او
الابراء وقضى القاضي به ثم رجع شهود الابراء واراد المدعي ان يضمن كلفه اعادة البينة لو كذا
هنا لا يقدر على القضاء بتلك البينة لانهم رجعوا عما شهدوا له من الوصية فلا بد من
اقامة شهود اخر فاذا اقام على شهود الثالث قضى له بالوصية ومتى قضى له ظهر ان الاخر
ان المشهود عليهم شهود الثالث وهو الاصغر المقضي عليه الاوسط لا الورثة لان
التلف عليه لا على الورثة وان الورثة ما اخذوا منهم من الضمان اخذوا بغير حق فيضمن شهود الاصغر

حم

جميع الثلث للاوسط ويرجعون على الورثة بالثلث الذي دفعوا اليهم وكذا الموصى له الاول
وهو الاكبر لو طلب القضاء لا يقضى له ما لم تقم البينة على حقه وخصمه شهود الثاني وهو الاوسط
ومتى قضى القاضي بوصيته يرجع على شاهدي الثاني الذي بنصف الثلث لما قلنا وصار الجواب
في هذه المسئلة كالجواب فيما اذا شهدوا وعدلوا وقضى القاضي على التعاقب ثم ذكر محمد رحمه
الله هذه المسئلة بعينها ووضعها في ثلثة اعبد اكبر واوسط واصغر وقيمة كل واحد منهم
الف فشهد شاهدان ان الميت اوصى بهذا الاكبر لهذا الاكبر فقضى له ثم شهد اخران انه اوصى
لهذا الاوسط بهذا العبد الاوسط ورجع عن الوصية الاول فقضى للثاني وردت الوصية
الاولى ثم شهد اخران للاصغر انه اوصى له بهذا العبد الاصغر ورجع عن الوصية الثانية فقضى
به للثالث وردت الوصية الثانية ثم رجعوا ولم يترك الميت مالا غير العبيد الثلثة فهذه
المسئلة والمسئلة المتقدمة سواء في الحكم في جانب الوارث والموصى لهم لانهم لا يضمنون
للوارث وانما يختلفان في العلة في حق الوارث لان العلة في حق الوارث في المسئلة الاولى
ان كل فريق يحتج عليه فيقول الثلث ما ازيل عن ملكك بشهادتي وشهادة الفريقين الاخرين فلولا
شهادتي لاستحق عليك بشهادتهما وهذه العلة لا تجيء هنا لان كل فريق شهد بعبد اخر لكن
العلة ان شاهدي الاكبر يقولان ما استحق الاكبر عليك بشهادتنا عاد الى ملكك بشهادة شاهدي
الاوسط فلم يجب علينا ضمان الاكبر كيلا يجتمع الاصل والبدل في ملك واحد كالمغصوب اذا
وصل الى يد المالك وكذا ما استحق الاوسط يعود الى ملكه بشهادة الاصغر واما شاهدا الاصغر
لا ضمان عليهما ايضا وان لم يعد الاصغر الى يد الوارث لانه عاد اليه عوضه وهو الاوسط بشهادتهما
لانهما لا يقدران على اخراج الاصغر عن ملكه ورده بطريق الوصية الا بادخال الاوسط في ملكه ورده
فكان اتلافا بعوض فلا يضمنان ويضمن شاهدا الاوسط للاكبر نصف قيمة الاكبر وشاهدا الاصغر
للاوسط قيمة الاوسط ولا ضمان على شاهدي الاكبر لواحد من الموصى لهم لانه لم يشهد عليهم ولم
يتلف عليهم شيئا كما ذكرنا في الثلث ولو ان القاضي لم يقض بشهادة شهود الاكبر حتى شهد
شهود الاوسط ولم يقض بشهادتهم حتى شهد شهود الاصغر ثم عدلوا فقضى للاصغر بالعبد الاصغر
ثم رجعوا عن شهادتهم ضمن شهود الاصغر للوارث قيمة العبد الاصغر لان القضاء على الوارث
بشهادتهم والاوسط هنا ليس بعوض عن الثالث لان القضاء لم يتصل بشهادة الاوسط فلم
يزل عن ملكه لان البينة انما تصير حجة واتلافا بالقضاء فكان التلف مضافا الى شهود الاصغر
كما قلنا في الثلث فان جاء الاوسط ببينة على وصيته رجع على شهود الاصغر بقيمة الاوسط ورجع
شهود الاصغر على الوارث لما ذكرنا في الثلث والموصى له الاكبر لو جاء ببينة على وصيته

ثم على شهود الاوسط بنصف قيمة الاوسط على ما ذكرنا رجل اوصى لرجل بثلث ماله وصية معروفة
ودفع اليه ثم ادعى الورثة ان الميت كان رجع عن وصيته واقام على ذلك شاهدين فقضى القاضي بالرجوع
ورد الثلث الى الورثة ثم جاء رجل اخر وادعى ان الميت اوصى له بثلث ماله فشهد بذلك
الشاهدان بالوصية للمدعي فقضى به للمدعي ثم رجعا عن الشهادتين يعني عن الشهود والشهادة الاولى
للثاني ضمنا الثلث للموصى له الاول والثلث ايضا للوارث لانهما اتلفا الثلث مرة على الموصى
له الاول بالشهادة على الرجوع ومرة على الوارث بشهادتهما الباطلة فرق بين هذا وبينما اذا شهدا
بالرجوع عن الوصية الاولى والوصية للثاني وقضى القاضي بهما ثم رجعا عن الشهادتين حيث يضمنان
ثلثا واحدا للموصى له والفرق ان هنا اتلفا الثلث مرتين مرة على الموصى له لانهما بالرجوع اقرا
ان وصية الاول كان حقا وان الثلث له واما على الوارث لانهما لما شهدا بالرجوع عن الوصية الاولى
وقضى القاضي بشهادتهما فقد نقل الثلث من ملك الموصى له الاول الى ملك الوارث ثم اتلفاه بشهادتهما
بعد ذلك للثاني بالوصية اتلفا هذا الثلث على الوارث وهذا الثلث ليس ببدل عن الاول وقد اتلفا
عليه بشهادة مبتدأة بخلاف ما اذا شهدا على الرجوع والوصية معا لانهما ما اعادا الثلث الى
ملك الوارث بل نقلا الحق من الموصى له الاول الى الموصى له الثاني دل على الفرق بينهما ان الوارثين لو
شهدا على الرجوع عن الوصية لا يقبل لانهما يشهدان لانفسهما بملك الثلث ولو شهدا بالرجوع عن
الوصية الاولى والوصية للثاني تقبل شهادتهما لانهما شهدا للموصى له الثاني على الاول لا لانفسهما ولو
شهدا بالرجوع خاصة فلم يقض به القاضي حتى شهدا للثاني بالوصية بالثلث كان هذا وما لو شهدا
بالامرين معا سواء لان القضاء بالامرين وقع في وقت واحد ولا يمكن للقاضي ان يقضي بعود الثلث
الى ملك الوارث مع قيام ما يمنع القضاء بالملك لهم وهو قيام البينة العادلة على الوصية للثاني
ولان البينة لا يصير حجة الا بالقضاء والقضاء للثاني لم ينفصل عن القضاء بالرجوع فلم يعد الى
ملك الوارث ولا الى يده فلا يضمنان له الا ترى انهما لو شهدا بالدين على رجل وقضى القاضي به ثم رجعا
قبل الاستيفاء لا يضمنان شيئا ما لم يستوف رب الدين لعدم ازالة اليد وهذا قول محمد وابي يوسف
الاخر رحمهما الله تعالى لان عندهما القضاء بشهادة الزور ينفذ ظاهرا لا باطنا فوجوب الضمان على الشهود
عند الرجوع بازالة اليد لا بازالة الملك وكذلك على قول ابي حنيفة رحمه الله لان الوصية تبرع والقضاء
للتبرعات ينفذ ظاهرا لا باطنا على اصح الروايتين لانه غير داخل تحت ولاية القاضي بخلاف الهبات
فكان القضاء بالتبرعات بمنزلة القضاء بالاملاك المرسلة لان الملك ثمة ينفذ ظاهرا ثبت له
ولاية اثبات اليد فيقام استحقاق اليد مقام حقيقة اليد في ايجاب الضمان وان لم يكن في يده
حقيقة ولهذا لو شهدا على رجل انه اسلم عشرة دراهم في كر حنطة الى رجل يجحد ذلك ولم تفترقا

فقض

فقضى القاضي به وامر بدفع العشرة اليه واوجب الكر عليه ثم رجعا فلا ضمان عليهما حتى يقبض
الكر لانهما ازالا ما عليه الكر دينا فلو ضمنا له يضمنان العين والعين فوق الدين في المالية وضمان
الاتلاف مقيد بالمثل فاذا قبض يضمنان مثل الطعام الا عشرة لان في قدر العشرة حصل
الاتلاف بعوض فثبت ان وجوب الضمان باعتبار ازالة اليد ولم يوجد ولو شهدا بالرجوع
عن الاول والوصية للثاني معا وقضى القاضي بالثلث للثاني ثم رجعا عن احدى الشهادتين
فهذا على وجهين اما ان رجعا عن الشهادة على الوصية او عن الشهادة على الرجوع فان رجعا عن الشهادة
على الوصية ولم يذكرا شهادتهما على الرجوع فان القاضي يسألهما عن الشهادة على الرجوع ليتبين له
وجه القضاء لانهما لو رجعا عن الشهادة على الرجوع يضمنان الثلث للموصى له الاول ولو لم يرجعا
يضمنان ذلك للوارث فكان السؤال مفيدا فبعد ذلك المسألة على ثلثة اوجه اما ان يثبتا على
الرجوع او لم يحضرا الشيء ورجعا عن الشهادة على الرجوع ففي الوجه الاول ضمنا الثلث للوارث
لانهما اقرا ان الثلث للوارث وهما بشهادتهما للثاني اتلفا الثلث عليه بغير حق فيضمنان للوارث
فان رجعا بعد ذلك عن الشهادة بالرجوع ضمنا ثلثا اخر للموصى له الاول وسلم للوارث ما اخذا لانهما
لما رجعا عن شهادتهما بالرجوع بعدما ضمنهما القاضي للورثة فقد اقر الشاهدان على انفسهما بالضمان
على الموصى له الاول وبعوض ولانه استرداد ما دفعا من الثلث الى الوارث فيصدقان فيما اقرا
على انفسهما لا فيما يقران او يدعيان على الوارث وفي الوجه الثاني وهو ما اذا لم يحضرا القاضي
على البيان لانه انما سالهما لانه نصب ناظرا للمسلمين فيسالهما حتى لا يلحقهما الضمان بغير حق لان رجوعهما
اقرار على نفسهما بالضمان ثم احتمل انه اقرارهما للورثة واحتمل انه للموصى له فاذا لم يبينا ترك
النظر لانفسهما لا يجبرهما على البيان والظاهر انه اقرار للورثة ما لم يبينا انه للاول فيضمنهما
للورثة ثم رجعا عن الشهادة بالرجوع ضمنا ثلثا اخر لها ثلثا وفي الوجه الثالث ضمنا الثلث للموصى
له الاول ولا يضمنان للوارث شيئا لانهما اتلفا على الموصى له الاول لا للورثة فقيل وجب ان يضمنا
ثلثا اخر للوارث لانهما لما رجعا عن الشهادة بالوصية للثاني فقد اقرا باتلاف الملك على الوارث
فاذا رجعا عن الشهادة بالرجوع بعد ذلك فقد رجعا عما اقرا به للوارث فيوجبان لا نعلم رجوعهما عنهما
قبل الاقرار بالثلث للوارث لم يثبت مقصودا وانما ثبت في ضمن الرجوع عن الشهادة فلا يثبت
ما اقرا به الا بعد اتصال القضاء بالرجوع لان الرجوع عن الشهادة بمنزلة الشهادة حتى يختص بمجلس القضاء
ولا يصح الرجوع في غير مجلس القضاء ولهذا لو ادعى المشهود عليه ان الشاهد رجع في غير مجلس القضاء
وانكر الشاهد لا يقبل بينة المدعي ولا يمين على الشاهد ولو ادعى انه رجع في مجلس القاضي وقضى القاضي عليه
بالضمان يصح دعوته ويقبل بينته ولو انكر يحلف وكما ان الشهادة لا يصير حجة الا بالقضاء فكذا الرجوع

لانه فسخ الشهادة وهنا لان القاضي جعل شهادتهما شهادة بالقضاء فلا يخرج عن حكم الشهادة الا بالقضاء
فاذا رجعا عما اقرا به قبل اتصال القضاء بالرجوع يعمل رجوعهما وفي الوجه الثاني وهو ما اذا رجعا
عن الشهادة بالرجوع قبل رجوعهما عن الشهادة بالوصية للثاني ضمنا نصف الثلث للاول لانهما اقرا
ان الميت اوصى للاول والثاني ويكون الثلث بينهما وهما بشهادتهما بالرجوع ابطلا على الاول
نصف الثلث فكانا ضامنين له فان رجعا بعد ذلك عن الشهادة بالوصية للثاني ضمنا للاول تمام
الثلث لانهما اقرا انهما اتلفا على الاول جميع الثلث فرق بين هذه المسئلة وبينما اذا رجعا عن الشهادة بالوصية
للثاني اولا فان القاضي لا يقضي عليهما بالثلث للوارث بل يثبت في ذلك حتى يسال عنهما والفرق ما
ذكرنا ان ثمة المقضي له اما الوارث او الموصى له فيسال عنهما انما لازالة الجهالة عن المقضي له او نظرا لهما
على ما ذكرنا وهنا المستحق معلوم وهو الموصى له الاول سواء رجعا عن شهادتهما بالوصية للثاني اولم
يرجعا لكن ان لم يرجعا ضمنا للاول نصف الثلث وان رجعا ضمنا تمام الثلث وليس فيه نظر لهما
ايضا فيقضي رجلان شهدا ان فلانا اوصى لفلان بعبده فلان وهو الاكبر وشهد اخران لاخر انه اوصى
له بعبده فلان وهو الاصغر فالمسئلة على اربعة اوجه احدها ان يكون قيمة كل واحد منهما الف وثلث ماله
الف بان كان له الف اخر سوى العبدين ففي هذا الوجه يقضى لكل واحد منهما بنصف عبده لان الوصايا
وان اجتمعت لا يزاد على الثلث الا ترى ان القاضي لو عاين ذلك يقضي لكل واحد منهما بنصف عبده فكذا
اذا ثبت بالبينة فلو قضى بذلك ثم رجع الشهود كلهم لم يضمنوا للوارث شيئا وضمن شهود كل واحد للذي
لم يشهد له نصف قيمة عبده اما لا ضمان عليهم للوارث لان من جهة كل فريق ان يتحول للوارث نصف العبد
الذي شهدنا به بقي على ملكه والنصف الذي اخرجناه عن ملكه اخرجناه بعوض لان خروج نصف كل
عبد عن ملكه مشروط بدخول نصف العبد الاخر في ملكه حتى لا يزيد على الوصية لان كل فريق لا يقدر على
اخراج ما اخرج عن ملك الوارث الا بادخال مثله في ملكه حتى لا يزيد على الوصية على الثلث فكان اتلافا
بعوض واما يضمن شهود كل واحد منهم للاخر نصف قيمة عبده لانهما اتلفا ذلك عليه بشهادتهما
لانه لولا شهادة كل فريق يسلم كل العبد للموصى له الاخر فكان كل واحد متلفا نصف العبد على الاخر
فيضمن قيمته والثاني ان يكون الثلث الفين بان كان له الفا درهم سوى العبدين وفي هذا
الوجه يقضي القاضي لكل واحد منهما بجميع عبده لانهما استحقا الثلث على السواء والثلث يسع
للحقين فيقضى لكل واحد منهما بجميع حقه فاذا قضى بذلك ثم رجع الشهود عن الشهادة لا ضمان لواحد
منهم للموصى له الاخر لانهما لم يتلفا عليه شيئا وقد وصل الى كل واحد منهما جميع حقه ويضمن شهود كل
واحد للورثة قيمة العبد الذي شهدوا به لان كل فريق اتلف العبد الذي شهد به عن ملك الورثة بغير عوض لان
سلامة كل العبد للموصى له غير مشروط بدخول العبد الاخر في ملك الوارث وقدر كل على اخراج ما شهد به
والثاني صح

عن

عن ملك الوارث بدون ادخال شيء من العبد الاخر في ملكه لانهما يخرجان من الثلث ولولا شهادتهما
لسلم كله للورثة فاذا اتلف كل فريق كل العبد عليه بغير عوض يضمن قيمته والثالث ان يكون الثلث
الفا وخمسمائة بان كان له الفان وخمسمائة سوى العبدين وهذه المسئلة تبتنى على اصلين احدهما
انه اذا اوصى باكثر من ثلث ماله فانه ينظر الى مبلغ الوصايا والى ثلث المال فان كانت الزيادة على الثلث
الثلث ينقص نصيب كل واحد من اصل الوصايا الثلث وان كانت الزيادة الربع ينقص نصيب
كل واحد الربع والثاني ان الشاهدين متى اتلفا بشهادتهما مالا وعوضا مثله لا يضمنان
شيئا وان عوضا اقل من ذلك فبمقدار ما عوضا لا يضمنان ويضمنان ما فضل عن العوض
فنقول في مسئلتنا يقضي القاضي لكل واحد منهما بثلثة ارباع عبده لان ثلث ماله الف وخمسمائة
وجملة الوصايا الفا درهم وزيادة ما بين الثلث الى جملة الوصايا خمسمائة وذلك مقدار الربع فينقص
من وصية كل واحد منهما الربع ويقضى لكل واحد منهما بثلثة ارباع عبده وذلك مقدار سبعمائة وخمسين
ليكون تنفيذ الوصايا من الثلث وتسويه بينهما في الاستحقاق للتساوي في سبب الاستحقاق
فلو قضى بذلك ثم رجعوا يضمن كل فريق ما قضى بشهادتهم وكذلك سبعمائة وخمسون مائتان وخمسون
وهو ربع قيمة العبد للموصى له الذي لم يشهد له وخمسمائة درهم للورثة اما خمسمائة للوارث لان كل فريق
اتلف على الوارث ثلثة ارباع العبد الذي شهد به وذلك سبعمائة وخمسون الا انه اتلف مائتين وخمسين
من ذلك بعوض وهو ما حصل له من ربع العبد الذي لم يشهد به هذا الفريق لانه لولا شهادة
كل فريق لما عاد اليه ذلك القدر فكان اتلاف هذا القدر بعوض فلا يوجب الضمان واتلاف خمسمائة
درهم بغير عوض فيوجب الضمان والدليل على ان الاتلاف خمسمائة درهم بغير عوض انهما يقدران
على اخراج خمسمائة عن ملك الوارث بدون ادخال شيء من العبد الاخر في ملكه فانهما لو شهدا
بالوصية للثاني بنصف العبد يقضي للاول بكل العبد وللثاني بنصف العبد فلا يكون قدر الخمس
مائة عوضا عن شيء فيضمنان ذلك واما يضمن كل فريق للموصى له الذي لم يشهد له ربع قيمة عبده
مائتان وخمسون لانه لولا شهادة كل فريق لكان يسلم للموصى له الاخر جميع عبده فاما لم يسلم
له الربع بشهادتهم فيضمنان ذلك والرابع ان يكون قيمة احد العبدين الفين وقيمة الاخر
الفا والثلث الفان بان كان له سوى العبدين ثلثة الاف فان ثلث ماله وهو الفان يقسم بين
الموصى لهما اثلاثا لان جملة الوصايا ثلثة الاف درهم وثلث ماله الفا درهم فزيادة ما بين الثلث
الى جملة الوصايا مقدار الف درهم وذلك ثلث الجملة فينقص من وصية كل واحد منهما مقدار
ثلث وصيته ويقضى لكل واحد منهما بثلثي عبده فيكون للموصى له بالعبد الذي قيمته الفان ثلثا
عبده وذلك الف وثلثمائة وثلثة وثلثون وثلث من العبد الذي اوصى له وللاخر ثلثا عبده ايضا
ابعه الف درهم

وذلك تسع مائة وستة وستون وثلثون لان الثلث يقسم بينهما على قدر حقهما وحق احدهما الف
الفين وحق الاخر الف فاذا قضى ذلك ثم رجعوا يضمن شهود صاحب الالفين جميع ما قضى بشهادتهما
وذلك الف وثلثمائة وثلثة وثلثون وثلث الف للورثة وثلثمائة وثلثة وثلثون وثلث للموصى له الاخر
ويضمن شهود الموصى له بالالف ستمائة وستة وستون وثلثون وهو جميع ما قضى بشهادتهما للموصى له
الاخر ولا يضمنان للورثة شيئا اما شهود صاحب الالفين لان القاضي قضى بشهادتهم بثلثي ما
شهدوا به وخرج عن ملك الوارث بشهادتهما الف وثلثمائة وثلثة وثلثون وثلث الا ان ثلثمائة
وثلثة وثلثون وثلث كان بعوض لانه لولا شهادتهما لكان يسلم كل العبد الاخر للموصى له
الاخر وانما امتنع القضاء بثلث ذلك العبد للموصى له بشهادتهما فما اتلفاه بعوض لا ضمان عليهما وما
اتلفاه بغير عوض يضمنانه ولانهما مقدران على اخراج الالف عن ملك الورثة بدون ادخال شي في
ملكهم فانهما لو شهدا بنصف العبد للموصى له يقضى له بنصفه وللاخر بالعبد الذي قيمته الف فلا
يكون عوضا ولا يقدران على اخراج ما زاد على الالف الا بادخال مثله في ملكهم فكان عوضا واما
يضمنان للموصى له الاخر ثلث قيمة عبده ثلثمائة وثلثة وثلثون وثلث لانه لولا شهادتهما لكان يسلم
له جميع العبد الذي قيمته الف واما شهود صاحب الالف لا يضمنون للورثة شيئا لانهم اخرجوا
عن ملك الورثة ثلثي العبد الذي قيمته الف وادخلوا في ملكهم ما يساويه وهو ثلث العبد الذي
قيمته الفان فكان اتلافا بعوض ولانهم لا يقدرون على اخراج شيء من العبد الذي شهدوا به عن ملكهم
الا بادخال مثله من العبد الاخر في ملكهم لان العبد الاخر يستغرق للثلث فاي قدر اخرجوا
عن ملكهم يكون بعوض وانما يضمنان للموصى له الاخر ثلث قيمة عبده لانه لولا شهادتهما لسلم
له جميع عبده فانما امتنع حصول الثلث بشهادتهما فيضمنان ذلك ولو مات وترك عبدين فشهد
شاهدان لرجل انه اوصى له باحد العبدين بعينه وشهد اخران انه رجع عن الوصية الاولى واوصى
بهذا العبد الاخر لهذا الرجل الاخر بعد ما قضى بالوصية الاولى فهذه المسئلة ايضا على اربعة اوجه
احدها ان يكون الثلث مثل قيمة احد العبدين الف وقيمة كل واحد من العبدين الف وقضى القاضي
للثاني ثم رجعوا ففي هذا الوجه لا يضمن شهود الاول شيئا ويضمن شهود الثاني للموصى له الاول
قيمة العبد الاول ولم يضمن شهود الاول و[الثاني] للورثة شيئا اما شهود الاول لا يضمنان للموصى
له الثاني لانهما ما شهدا عليه ولا اخرجا العبد عن ملكه واما لا يضمنان للوارث فلان عين ما
شهدوا به عاد الى ملك الوارث عند القضاء الثاني فصار بمنزلة الغاصب اذا وصل المغصوب
الى يد المغصوب منه باي سبب حصل براءة عن الضمان وكذا المبيع اذا وصل الى المشتري باي
جهة وصل يتقرر عليه الثمن واما شهود الثاني لا يضمنان للوارث لانهما وان اخرجا العبد الثاني

الثاني عن ملكه فقد ادخلا العبد الاول في ملكه فكان اتلافا بعوض الا ترى انهم لو لم يشهدوا
على الرجوع عن الوصية الاولى لا يسلم العبد الاول للموصى له الاول لان ثلث ماله الف وقيمة كل عبد
الف ولا يقدران على اخراج الثاني الا بادخال الاول فكان اتلافا بعوض ويضمنان للاول قيمة
عبده لانه لولا شهادتهما على الرجوع لسلم العبد الاول للموصى له الاول فانما تلف عليه بشهادتهما
الباطلة واما الثانية اذا كان الثلث الفين حتى خرج العبدان من الثلث والمسئلة بحالها ففي هذا
الوجه ضمن شهود الثاني للموصى له الاول قيمة عبده وللورثة قيمة العبد الثاني ولم يضمن شهود الاول
لاحد شيئا اما شهود الثاني يضمن للموصى له قيمة عبده لانهما اخرجا العبد عن ملكه بغير عوض واما يضمن
للورثة قيمة العبد الثاني لانهما اخرجا العبد الثاني عن ملكهم بغير عوض لما في الباب انهم
ادخلوا العبد الاول في ملك الورثة لكن العبد الاول لا يصلح عوضا عن العبد الثاني لانهما يقدران
على اخراج العبد الثاني عن ملك الورثة بدون ادخال الاول في ملكهم لان الوصيتين جميعا تخرجان
من الثلث الا ترى انهما لو لم يشهدا بالرجوع عن الوصية الاولى وشهدا بالوصية للثاني يقضى
بوصيته فلم يكن ادخال [الاول] متعلقا باخراج الثاني و[لا] اخراج الثاني مشروطا بادخال الاول وانما ادخلا
الاول في ملكه بشهادتهم على الرجوع لا ضرورة الوصية الثانية فلا يكون عوضا فيجب عليهم الضمان
واما لا يضمن الفريق الاول لاحد شيئا اما للورثة فلان عين ما اخرجا عن ملكهم عاد اليهم واما
للموصى فلانهما ما اخرجا العبد عن ملكه واما الثالثة اذا كان الثلث الفا وخمسمائة وبقية
المسئلة بحالها ففي هذا الوجه ضمن شهود الثاني للاول قيمة العبد الاول وللورثة نصف قيمة
العبد الثاني اما للاول قيمة العبد الاول فلما قلنا واما للورثة نصف قيمة الثاني لانهما اخرجا الثاني
الاخر عن ملك الورثة لكن نصفه بعوض ونصفه بغير عوض لان النصف من العبد الاول يصلح عوضا
عن الثاني لانهما يقدران على اخراج نصف العبد الثاني عن ملك الورثة من غير ادخال شيء من العبد
الاول الا ترى انهما لو شهدا انه اوصى بنصف العبد الثاني ولم يشهدا على الرجوع عن الاولى يقضى
بنصف العبد للثاني لانه يخرج من الثلث فلم يكن اخراج نصف العبد الثاني متعلقا بادخال النصف
الاول فبمقدار ما صح للثاني قبل وصول الاول اليه بغير عوض ذلك لانه لا يظهر في حقه العوض وذلك
النصف وبمقدار ما صح بوصول العبد الاول سقط ... وذلك النصف ايضا لانه حصل بعوض
فالحاصل ان الوصيتين متى كانتا تخرجان من الثلث لا يكون الاولى عوضا عن الثانية واذا كان يخرج
الاولى من الثلث ولا يخرج شيء من الثاني من الثلث كان الاول كله عوضا عن الثاني وان كان يخرج بعض
الثاني من الثلث دون البعض فبقدر ما يخرج لا يصلح عوضا وبقدر ما لا يخرج يصلح ولا يضمن الفريق
الاول شيئا لما ذكرنا واما الرابعة اذا كانت قيمة العبد الاول الف درهم وقيمة العبد الاخر الفان

والثلث الفان وبقية المسئلة بحالها ففي هذا الوجه الجواب فيه كالجواب في الوجه الثالث اما يضمنان
للموصى له الاول قيمة العبد الاول لما قلنا واما للورثة نصف قيمة العبد الاخر لانهما اتلفا نصف العبد
الاخر بعوض والنصف بغير عوض لان العبد الاول كله صار عوضا عن نصف العبد الاخر لانه لو لم يصل العبد
الاول الى الوارث لكان الوصية الثانية جائزة في نصف العبد الثاني وهو قدر الف درهم فبذلك المقدار
يغرمان للوارث لانهما اتلفا عليه بغير حق والنصف الاخر قد عوضاه فلا يضمنان منه شيئا وفي المبسوط
رجل مات وترك عبدين وامة ومالا فشهد شاهدان ان هذا الرجل حر لابيه وامه ووارثه لا وارث
له غيره فقضى القاضي بالمال له والعبدين والامة ثم شهد شاهدان بعد ذلك ان احد العبدين بعينه ابن
الميت فاجاز القاضي شهادتهما واعطاه الميراث كله ثم شهد اخران ان العبد الثاني ابن الميت فقضى
به ايضا ثم شهد اخران ان الميت اعتق هذه الامة وتزوجها في حياته وصحته فقضى القاضي بذلك ثم رجعوا
وارثه بعضهم ثم رجع الاولان اللذان شهدا للعبد الاول ضمنا قيمته بين الابن الاخر والمراة اثمانا لانه
لولا شهادتهما لكان رقبة المشهود به بين الابن الاخر والمراة على ثمانية فانما تلف ذلك عليهما
بشهادتهما فقد اقرا بالرجوع انهما اتلفا ذلك بغير عوض وكذلك لو لم يرجعا ورجع شاهدا
الابن الثاني ضمنا قيمته بين الاول والمراة ايضا لما قلنا ولا يضمنان ميراثه مما لاجله
دون المراة لان جميع الميراث كان مستحقا له بقضاء القاضي قبل شهادتهما فانما اتلفا
عليه ذلك بشهادتهما وما اتلفا شيئا من الميراث على المراة بشهادتهما لان حقها ثمن جميع
المال سواء كان للميت ابن واحد او ابنان وقد استوفت ثمنها من جميع مال الميت انما
لم يستوف من قيمة الابن الثاني لانه ظهر بعد موت الزوج فيستوفي ثمنها من قيمته واذا
استوفت تمام حقها لم يضمنا لها شيئا من الميراث ويضمن الشهود الضمان في الفصل الاول
جميع ما ورث الابن الاول للثاني لانهما اتلفاه مستحقا في ذلك على الابن الثاني بشهادتهما
لانهما شهدا بنسب الاول بعد الوفاة فيكون مستحقا للابن الاول لما ورثه مضافا الى
شهادتهما فيضمنان ذلك للابن الثاني ولا يضمنان للاخ لان ما استحق على الاخ بشهادتهما
مستحق عليه بشهادة غيرهما في حق الاخ بقي على الشهادة حجة تامة في استحقاق الميراث
عليه ولو لم يرجع هؤلاء ورجع شاهدا المراة ضمنا قيمتها وما اخذت من الميراث من الابنين
لانهما اتلفا بشهادتهما ملك الاخ في رقبتها واستحقا ثمن الميراث عليهما بشهادتهما
بالنكاح وقد اقرا انهما شهدا بغير حق ولو كان الشاهدان للمراة هما الشاهدان على نسب
الابن الاول والابن الاخر ثم رجعوا عن الشهادات كلها كان الضمان عليهم كذلك لان المشهود به
مختلف فلا فرق بين اتحاد الشهود واختلافهم في ذلك وسواء رجعوا معا او متفرقين لان

ملكهما

اصل

اصل الشهادة كان محتملا بعضها قبل بعض والضمان عليهم عند الرجوع باعتبار الشهادة
السابقة ولو شهد شاهدان على ذلك كله معا وكذب بعضهم بعضا ثم رجعا ضمنا ثمن
المراة وقيمتها بين الابنين لانهما اتلفا ذلك على الابنين فلولا شهادتهما بذلك لكان ذلك
مستحقا للابنين بقضاء القاضي بنسبهما ويضمنان من قيمة كل ابن لصاحبه سبعة اسهم
من ثمانية اسهم وللمراة الثمن كما لو شهد لكل واحد شاهدان اخران وكذا لو رجعا عن الشهادة
واجيا بعد وابدوا ان صدق كل واحد صاحبه فان الشاهدين يغرمان قيمة العبدين
والامة وما ورثوا للاخ لانهما اتلفا عليه ذلك لانه لولا شهادتهما كان جميع ذلك له بخلاف
ما اذا كذبوا لانهما اتلفا على كل فريق ذلك بحيث كذب كل واحد منهم صاحبه واذا شهد شاهدان
على عبد في يد رجل انه لفلان وقضى القاضي له به والذي في يده العبد يجحد ذلك ثم رجعا
وضمنهما القاضي القيمة فاداها او لم يؤديا حتى وهب المشهود له العبد من المشهود عليه
وقبضه بريا من الضمان ويرجعان فيما اديا لان وجوب الضمان عليهما لاجل الحيلولة وقد
ارتفعت الحاجة الى ذلك برجوع العبد اليه الى المولى بغير عوض وهو يزعم ان العبد سلم له
بملكه القديم لا بالهبة التي باشرها المشهود له فزعمه معتبر في حقه فان رجع الواهب
في العبد وقبضه رجع المشهود عليه بالضمان على الشاهدين لان فوات يده وملكه كان بسبب
شهادتهما الا ان ذلك لما تمكن المشهود له من استرداد العبد منه ولان الهبة لما انفسخت
بالرجوع صار كان لم يكن وانما ورث المشهود له فورث المشهود عليه منه العبد ثم علمه الشاهدان
بما اعطياه من القيمة لانه يزعم ان وصول العبد الى يده بقديم ملكه لا بالميراث وكذا لو كان
العبد قبل فاضل المشهود له القيمة فورث المشهود عليه منه تلك القيمة او مثلها من تركته
او ورث عروضا او عقارا الا ان يعود قيمة العبد اليه كعود عينه وفي زعمه ان القيمة دين
له على المشهود له وانه استوفى من تركته بالدين لا بالميراث وكذا لو كان معه وارث اخر وفي حصته
من التركة وفاء بالقيمة بخلاف ما لو وهب له المشهود له مقدار تلك القيمة في حياته لان الدين
في حالة الصحة لا يتعلق بماله بل بذمته حتى لو وهب له تلك القيمة بعينها يبطل رجوعه
على الشهود رجل في يده عبد شهد شاهدان انه لهذا الرجل وقضى له ثم شهد اخران على المقضي له ان
العبد لهذا الاخر فقضى له واخذ العبد من الاول ودفعه الى الثاني ثم شهد اخران على المشهود له الثاني
ان العبد لهذا الثالث وقضى القاضي له واخذ العبد من الثاني ودفعه الى الثالث ثم رجعوا
جميعا ضمن كل فريق للذي شهد عليه كل قيمة العبد لان كل فريق اتلف على المشهود عليه جميع العبد لولا
شهادتهما لسلم كل العبد له قال محمد رحمه الله ولا يشبه هذا الوصية يريد به اذا مات الرجل

وترك ابنا فادعى رجل ان الميت اوصى له بثلث ماله وجحد الابن فشهد شاهدان بذلك فقضى القاضي
بالثلث للموصى له ثم جاء آخر وادعى ان الميت اوصى له بثلث ماله وشهد شاهدان بذلك فقضى القاضي
ودفع نصف الثلث اليه ثم جاء آخر وادعى ان الميت اوصى له بثلث ماله واقام شاهدين وقضى القاضي بثلث
الثلث له واعطاه السدس من الاول والسدس من الثاني ودفعه اليه ثم رجع الشهود فالشهود لا
يضمنون للوارث شيئا وفي مسئلة الدعوى الفريق الاول يضمن لصاحب اليد كل قيمة العبد وفي مسئلة
الوصية الفريق الثاني يضمن للموصى له الاول نصف الثلث وفي مسئلة الدعوى يضمن كل فريق للمشهود عليه
كل قيمة العبد اما الاول فوجه الفرق بينهما ان في مسئلة الوصية لكل فريق ان يحتج على الابن
فيقول الثلث ما تلف عليك بشهادتي فقط فانه لو لم يشهد لتلف عليك بشهادة الفريق الآخر
فلا يمكن للابن تعيين من عليه الضمان وهذا لان المشهود عليه واحد وهو الميت فيمكنهم الاحتجاج
بهذه الحجة وفي مسئلة الدعوى العبد تلف على صاحب اليد بشهادة الفريق الاول ولولا شهادتهما لسلم
العبد له ولا يصير مقضيا من جهة الفريق الثاني والثالث لان القضاء في الاملاك المرسلة يقتصر
على صاحب اليد ولا يتعدى الى الا اذا تلقى الملك من جهة الغير ولم يوجد التلقي هنا فصار
كل فريق متلفا العبد على المشهود عليه لا على غيره يوضح الفرق بينهما ان في مسئلة الدعوى لو وجد
شهود احدهم عبدا او محدودا في قذف رد العبد على الذي شهدوا عليه وبطل كل قضاء بعده حتى
وجد شهود الاول عبيدا بطل القضاء للثاني والثالث لبطلان ملك الاول ولو وجد شهود
الثاني عبيدا بقي الاول نافذا وبطل الثاني والثالث فتبين ان كل قضاء اقتصر على الذي شهد عليه
البينة لا غير فاذا رجعوا غرم كل فريق للمشهود عليه وفي الوصية القضايا كلها على الميت حتى لو كان
شهود الاول عبيدا لا يبطل القضاء بالوصية للثاني فيعلم ان القضايا كلها على الميت فيحتج كل فريق
بما ذكرنا لنفي الضمان عن نفسه واما الثاني فوجه الفرق ان في الوصية الفريق الثاني اتلف على
الموصى له الاول نصف الثلث لانه لولا شهادتهما لكان الثلث بين الاول والثالث نصفين اما في مسئلة الدعوى
اتلف كل فريق كل العبد لولا شهادتهم لكان كل العبد له رجل في يده عبد اقام عليه رجل شاهدين
انه عبده وهبه الذي هو في يده وقبضه وشهد شاهدان آخران لرجل آخر بمثل ذلك ولا يعرف
التاريخ يقضى بالعبد بين المدعيين نصفان لاستوائهما في الدعوى والحجة فلو قضى القاضي
بينهما ثم رجع الشهود ضمنوا للواهب قيمة العبد بينهم ارباعا ولم يضمنوا للموهوب له الذي
لم يشهدوا له شيئا قال محمد رحمه الله في الاصل ولا يشبه هذا الموصى لهما بربد به اذا شهد
شاهدان انه اوصى لهذا العبد لهذا وشهد آخران انه اوصى به لهذا الآخر وكانت البينتان
وقضى القاضي بالعبد بين الموصى لهما ثم رجعوا ضمن كل فريق للموصى له الذي لم يشهد له نصف

قيمة

علمه صح
عبده صح
شهدا

قيمة العبد ولا يضمن للورثة شيئا فرق بين الهبة والوصية من وجهين احدهما انه في الهبة
يضمن الشهود للمقضي عليه وهو الواهب قيمة العبد ارباعا وفي الوصية لا يضمنون للمقضي
عليه وهو الورثة شيئا والثاني ان في الهبة لا يضمنون للموهوب له شيئا وفي الوصية يضمن كل فريق
للذي لم يشهد له نصف قيمته اما الفرق الاول ان في الوصية من حجة كل فريق ان يقول للوارث
ما ازيل عن ملكك بشهادتنا الا غير على ما ذكرنا وفي المسئلة الهبة لا يمكن لكل فريق ان يدفع
الضمان عن نفسه بهذه الحجة لان هبة احدهما متى صحت لا يصح هبة الثاني الا ترى انه لو عرف
التاريخ يبطل الثانية اصلا بخلاف الوصية لان وصية كل واحد منهما بجميعه صحيح الا ترى انه لو
عرف التاريخ يقضى بينهما واذا لم يمكن لاحدهم دفع الضمان عن نفسه اعتبر العبد تالفا
بشهادتهم وهم اربعة فاذا رجعوا ضمنوا واما الفرق الثاني ان الشاهد عند الرجوع انما
يضمن قدر ما يقضي القاضي بشهادته فنقول في مسئلة الوصية القاضي قضى لكل واحد منهما بالوصية
بجميع العبد لما قلنا ولهذا لو رد احدهما يكون الكل للآخر لما كان اوصى عبدا والفقه فيه ان الوصية
استخلاف وهو اخو الميراث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه اذا لم يكن له وارث ويجوز ان يكون كل واحد
منهما خلفا عن الميت كالاثنين فثبت ان القاضي قضى لكل واحد منهما بجميع العبد الا ان بحكم المزاحمة
وضيق المحل يكون بينهما مع استحقاق كل واحد منهما جميعه كالتركة اذا ضاقت عن الوفاء بالديون
وغير ذلك واذا قضى لكل واحد منهما بالكل وامتنع حصول النصف بشهادة الفريق الثاني ضمن كل فريق
للذي لم يشهد له نصف قيمة العبد اما في الهبة القاضي لما قضى بشهادة كل فريق للذي شهد له بنصف
نصف العبد لانه لا يجوز ان يقضي لكل واحد منهما بهبة جميع العبد لو علم التاريخ بينهما ان كان هبة
الثاني قبل قبض الاول صح الثاني وبطل الاول وان كان بعد قبض الاول صح الاول وبطل الثاني ولهذا
لو وقع مثل هذا الدعوى في الدار فان القاضي لا يقضي بالدار بينهما لانه يكون هبة المشاع فيما
يحتمل القسمة واذا كان القاضي قضى لكل واحد منهما بنصف العبد وقد سلم لكل واحد منهما
نصفه فما وقع به القضاء سلم لكل واحد منهما فلم يصر كل فريق متلفا على الذي لم يشهد له شيئا
فلا يضمن وما ذكر من مسئلة الدار قال بعضهم هذا قول ابي حنيفة رحمه الله اما عندهما ينبغي ان
يقضى بينهما بناء على هبة الدار من رجلين والاصح ان هذا قولهم لانهما انما يجوزان ذلك عند اتحاد
العقد والاتحاد في جانب الواهب اما اذا وهب النصف كل واحد منهما في عقد على حدة لا يجوز
وههنا كل واحد منهما اثبت ببينته الهبة منه في عقد على حدة فلا يقضى لاحدهما رجل مات وترك عبدا
قيمته الف درهم لا مال له غيره واوصى بعتقه فشهد شاهدان من الورثة ان لهذا الرجل على الميت
خمسمائة درهم دين لم يقبل هذه الشهادة ويعتق العبد ويسعى في الثلثين ويأخذ الغريم

دينه من نصيب الشاهدين لاقرارهما ولو شهدا بدين ألف درهم حتى كان الدين مثل قيمة العبد
جازت الشهادة وبيع العبد في الدين وبطلت الوصية بالأعيان والفرق أن في الوجه الأول
الوارث متهم في الشهادة لأنهما يثبتان لأنفسهما حق البيع والشاهد متى جر بالشهادة إلى نفسه مغنما
كان لا يستحق ذلك إلا بالشهادة لا تقبل شهادته لما مر في الشهادات وحق البيع لا يثبت بدون
الشهادة لأن حق العتق ثبت للعبد بقدر الثلث وذلك يمنع البيع ولهما في البيع منفعة أيضا
لأنه إذا بيع يبطل الوصية بالعتق فإذا أخذ الغريم خمسمائة يبقى لهما خمسمائة وقبل ثبوت الدين
تنفيذ الوصية بالعتق فيعتق العبد فيعتق ثلثه مجانا ويسعى في ثلثي قيمته للورثة ثم يرد الغريم
في نصيبهما ويأخذ خمسمائة فيبقى لهما من بدل العبد مائة وستة وستون وثلثا درهم وبمثل هذا
النوع من التهمة يمنع قبول الشهادة وأما إذا شهدا بدين مستغرق فلم يجرا إلى أنفسهما مغنما
وإن أثبتا بشهادتهما حق البيع لكن لا منفعة لهما في هذا البيع لأنه متى بيع والدين مستغرق للثمن لم يسلم
لهما من الثمن شيء فقبلت قال محمد رحمه الله ولا يشبه هذا الوجه الأول لأن في الوجه الأول لو نفذناه
وأبطلنا الوصية صار للوارث من رقبته شيء وفي هذا الوجه لا يصير للورثة من رقبته قليل ولا كثير
وهذا لا يصح لأن في الحالين جميعا لا يملك الوارث شيئا من رقبة العبد لأنه إما أن يعتق
بالوصية أو يباع بالدين فيصير ملكا للمشتري فلا بد من تأويل قالوا تأويله يصير للوارث في رقبته
شيء وهو ولاية البيع على وجه يجر به إلى نفسه نفعا على ما مر إلا أن الكاتب غلط وكتب كلمة من
مكان كلمة في واستعمل محمد رحمه الله كلمة من مكان كلمة في لأن حروف الصلات يستعمل بعضها
مكان بعض ولو لم يوص بعتقه ولكنه أوصى به لرجل فشهد الوارثان على الميت بدين قليل أو
كثير جازت الشهادة وبيع العبد في الدين وقسم ما بقي بين الموصى له والورثة وإن كانا يثبتان بشهادتهما
حق البيع لأن هذا الحق كان ثابتا لهما قبل الشهادة فإنه كان لهما أن يبيعا هذا العبد
وهذا يفوت لو قبلت الشهادة لأنه ينتقل حق البيع لقضاء الدين إلى القاضي فهما يضران بأنفسهما
ولأن العبد لو بيع قبل هذه الشهادة أو لم يبع يسلم لهما ثلثا العبد أو ثلثا الثمن وبعد البيع يسلم
لهما ثلثا ما بقي بعد قضاء الدين لعدم بطلان الوصية بالمال بالبيع فينتقص حقهما فيقبل
بخلاف الوصية بالعتق فإنها يبطل بالبيع ويسقط الشركة فيزداد حقهما ٥ والله أعلم

باب الرجوع عن الشهادة على الشهادة

أصل الباب ما ذكرنا أن المعتبر في الرجوع عن الشهادة ووجوب الضمان عليهم بقاء من بقي على
الشهادة لا رجوع من رجع فإن بقي من يحفظ جميع الحق فلا ضمان على الراجع لأن شهادة من بقي لما كان
يكفي لإثبات الحق ابتداء فلأن يكفي للبقاء كان أولى ولا ضمان على الراجع وإن زعم أنه متلف بشهادته عليه

فما

ما اتلفه يستحق عليه بشهادة غيره عليه واستحقاق ذلك عليه بالحجة يمنعه من الرجوع عليه
بالضمان كمن أخذ مال إنسان وأتلفه ثم استحق ذلك عليه لا يضمن صاحب اليد وإن بقي من يحفظ
بعض الحق يضمن الراجع ما زاد على ذلك لأنه انعدمت الحجة فيما وراء ذلك فيضمن بقدر ما انعدمت
الحجة فيه برجوعه ولا يعتبر حالة البقاء في هذا بحالة الابتداء حتى لو شهد اثنان بمال وقضى
القاضي ثم رجع أحدهما ضمن الراجع نصف المال لأنه بقي بشهادة الباقي نصف المال ولو كان
حالة البقاء معتبرا بحالة الابتداء لضمن كل المال لأن نصف المال لا يثبت بشهادة الواحد ومع هذا
بقي ببقائه نصف المال وعند رجوع الكل يشتركون في الضمان إذا كان كل واحد شاهدا وإن كان
شرط عليه القضاء أما إذا شرط عليه الشهادة وصيرورته شاهدا فلا ضمان عليه كما لو شهد رجلان
وامرأة ثم رجعوا كان الضمان على الرجلين دون المرأة لأن المرأة الواحدة لا عبرة بها في باب الشهادة
إلا في أمور الدين أو فيما لا يطلع عليه الرجال فكانت الواحدة شطر العلة في كونها شاهدا لأن
المرأتين شاهد واحد وبشطر العلة لا يثبت شيء من الحكم فكان القضاء بشهادة رجلين فيكون
الضمان عليهما بخلاف ما إذا شهد رجل وثلث نسوة وقضى به ثم رجعوا كان على الرجل النصف
وعلى النسوة النصف عندهما لأن عندهما النساء وإن كثرن فهن كرجل واحد لأنهن شطر
العلة لأن العلة لا تتم إلا بشهادة رجل وهو متعين لإتمامها وعند أبي حنيفة رحمه الله على الرجل خمسي
المال وعلى النسوة ثلثة أخماسه لأن عنده كل امرأتين يقومان مقام رجل كما في الميراث لأن القضاء
هنا بشهادة الكل وكل امرأة منهن إذا ضمتها إلى الأخرى كانتا شاهدا فلا يكون القضاء به محالا
في شهادة البعض دون البعض فيحال به إلى الكل بخلاف المرأة الواحدة وعرف أن شاهد شهادة
واحد من الأصول لا يثبت إلا بشهادة شاهدين فرعين لأنه حق يثبت للمشهود عليه وكل حق
غاب عن علم القاضي لا يثبت إلا بشهادة شاهدين ولا يشترط أن يكون على شهادة كل أصل فرعان
آخران بل إذا شهد شاهدان على شهادة أصلين جاز لأن شهادة شاهدين يصلح لإثباتهما كما
إذا شهدا بمالين مختلفين إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله إذا شهد شاهدان على شهادة
شاهدين على رجل بألف درهم وشهد شاهدان آخران على شهادة رجل واحد على المدعى عليه بتلك
الألف وقضى به ثم رجع واحد من الفريق الأول وواحد من الفريق الثاني فعلى الراجعين ثلثة
أثمان المال ثمنان على الراجع الذي شهد على شهادة اثنين وثمن على الراجع الذي شهد على شهادة واحد
وإنما قلنا ذلك لما ذكرنا أن المعتبر في الرجوع بقاء من بقي وقد بقي ببقاء الباقين خمسة
أثمان المال وكان التالف بقدر ثلاثة أثمان المال بيانه أنه بقي ببقاء الذي شهد على شهادة اثنين نصف
الألف ألا ترى أنه لو رجع الكل إلا هو يبقى ببقائه نصف المال لأن الذين شهدا على شهادة اثنين شهدا

بكل المال لانهما قاما مقام اصلين ولهذا يقضى بجميع المال بشهادتهما لو انفردوا واللذان
شهدا على شهادة واحد شهدا بنصف المال لانهما قاما مقام اصل واحد ولهذا لا يقضى
بشهادتهما الا بانضمام مثلهما اليهما او بشهادة اصل آخر فكانا بمنزلة امراتين في باب
الشهادة واذا بقي نصف الحق ببقاء احد الاولين بقي لهذا النصف لانه لم يتغير
والنصف الآخر قد تغير برجوع الراجعين وقد ثبت هذا النصف بشهادة ثلثة احدهم الذي
شهد على شهادة اثنين واللذان شهدا على شهادة واحد والثابت بشهادة الراجع الذي
شهد على شهادة اثنين نصف هذا النصف لقيامه مقام اصل واحد ولهذا لو ضم اليه مثله
يقضي القاضي والثابت بشهادة كل واحد من اللذين شهدا على شهادة واحد ربع هذا النصف
لقيامهما جميعا مقام اصل واحد فصارا كامراتين في باب الشهادة فصار هذا النصف
الذي وقع فيه التغير كالثابت بشهادة رجل وامراتين ولو ثبت بشهادة رجل وامراتين
حقيقة ثم رجع رجل وامراة كان التالف بشهادتهما ثلثة ارباع الحق نصف بشهادة الرجل
وربع بشهادة المراة ويبقى ببقاء المراة الثانية على الشهادة ربع الحق فكذا هذا فثبت ان
التالف برجوع الراجعين هنا ثلثة ارباع النصف وبقي ببقاء الثابت على الشهادة ربع
هذا النصف فصار هذا النصف على اربعة فيصير الجملة ثمانية وقد بقي اربعة ببقاء احد
الشاهدين اللذين شهدا على شهادة اثنين وسهم وهو ربع النصف ببقاء الذي شهد على
شهادة الواحد فكان خمسة فتبين ان التالف بشهادة الراجعين ثلثة اثمانه الا ان ثمنين
من ذلك على الراجع الذي شهد على شهادة اثنين وثمن على الراجع الذي شهد على شهادة واحد
لما ذكرنا انهما بمنزلة رجل وامراة او نقول اللذان شهدا على شهادة واحد لما قاما مقام الرجل
كانا بمنزلة رجل واحد فالفريق الاول يثبتان جميع الحق ولا الفريق الثاني فلما اجتمعوا ثبت
النصف بشهادة الفريق الاول خاصة لان الفريق الثاني لا يثبتان الا نصف الحق وفي النصف
اجتمع اربعة نفر فكان الثابت بقول كل واحد ربع هذا النصف وهو ثمن الكل وببقاء
الباقي من الفريق الاول بقي نصف من النصف الاول الذي تفردا فيه ونصيبه من النصف الذي
اجتمعوا فيه ربع النصف الذي اوجبه وربع النصف الذي اوجبه شريكه لان رجوع شريكه
لم يؤثر في النصف الآخر وبقي من النصف الاول سهمان وهو ربع الكل برجوع صاحبه فذلك
عليه خاصة وببقاء الباقي من الفريق الآخر بقي ربع النصف الآخر وهو الثمن فانما تلف برجوع
صاحبه الربع وهو ثمن الكل فيجب على الراجع من الفريق الاول ثمنان وهو نصف النصف
الاول وعلى الآخر الثمن وهو ربع النصف الذي اجتمعوا فيه ولان النصف الباقي ببقاء

الواحد من الفريق الاول شايع في الكل والربع الباقي ببقاء واحد من الفريق الثاني ربع المال
شايعا في النصفين في النصف الباقي والنصف الساقط برجوع الاولين لان النصف الثابت
بشهادة الفريق الاول شايع في الكل فيكون كل ربع اثبته بينهما شايعا في النصفين ايضا فصار
الثمن منه داخلا في النصف الذي هو باق ببقاء احد الاولين وثمن منه باق ببقائه فكان
نصف وثمن وهو خمسة اثمان المال الا ان الاول مع صاحبه اثبتا كل المال والثاني مع صاحبه
اثبتا نصف المال فصار كل واحد من الاولين مثبتا ما اثبته الآخران مثل ما اثبته احدهما
فيكون عليه مثلا ما يكون على احدهما لان الشاهد بالرجوع يضمن ما تلف بشهادته او تقول
لو رجع الفريق الاول كان عليهما نصف المال على كل واحد منهما الربع فاذا رجع وجب عليه
الربع فاذا كان على احدهما الربع وجب ان يكون على الراجع من الفريق الثاني الثمن لان شهادته
مثل نصف شهادة الآخر الا ترى انهم لو رجعوا كان عليهما نصف ما على الآخرين ولو لم يرجع
الا احد اللذين شهدا على شهادة اثنين كان عليه ربع المال لانه بقي على الشهادة من يبقى ببقائه
ثلثة ارباع الحق لان النصف بقي ببقاء صاحبه على ما مر فيعزل هذا النصف والنصف
الآخر ثبت بشهادة اللذين شهدا على شهادة واحد والراجع فصار كالثابت بشهادة رجل
وامراتين وقد رجع الرجل فيغرم نصفه وهو ربع الكل ونقول الآخران بقيا بنصف المال والباقي
من الاولين كذلك الا ان الثابت ببقاء الآخرين شايع في النصف الاول الباقي ببقاء احد الاولين
والساقط برجوع احدهما فكان الربع من ذلك داخلا في النصف الباقي وبقي ربع آخر فكان
الباقي ثلثة ارباع المال فيضمن الراجع الربع ولو رجع معه اللذان شهدا على شهادة الواحد
كان عليه الربع وعليهما الربع لانه بقي النصف ببقاء الباقي فكان التالف نصف المال
فيكون على الراجعين ثم هذا النصف نصفه على الاول المنفرد ونصفه على الآخرين لان احد الاولين
اوجب نصف المال والآخران كذلك فصار حال احد الاولين كحال الآخرين فرع بعض المشايخ
رحمهم الله على هذا القياس فقال لو رجع الفريق الاول خاصة كان عليهما ثلثة ارباع الحق
النصف الذي تفردا فيه ونصف النصف الذي اجتمعوا عليه لان الفريق الثاني يحفظان نصف
هذا النصف فلو رجع احد الباقين بعد ذلك كان عليه ثمن الحق لان الباقي بقي بثمن الحق لان
قوته في القضاء هذا القدر ولو رجع الفريق الثاني اولا فلا شيء عليهما لان في الباقي تمام الشهادة
فلو رجع بعد ذلك واحد من الفريق الاول فعليه ربع الحق وهو نصف النصف الذي تفردا فيه
وعلى الفريق الثاني الربع كما لو رجعوا معا ولو رجعوا جميعا فالنصف على الفريق الاول والنصف
عليهم ولو شهد شاهدان على شهادة شاهدين وشهد آخران على شهادة آخرين وقضى به ثم رجع

أجرهما صح

واحد من هذين وواحد من هذين فعليهما من ثمنان ونصف ثمنها هكذا ذكر في الجامع وذكر في الرجوع عن
الشهادات وقال على الراجعين نصف المال ولم يحك خلافا هنا ولائمة واختلف المشايخ رحمهم
الله منهم من قال الصحيح ما ذكرهنا ومنهم من قال على العكس ومنهم من قال ما ذكر في الموضعين
قولهم جميعا فكان فيها اختلاف الروايتين والجامع اخر التصنيفين فكان هذا رجوعا عن ذلك ومنهم
من قال ما ذكر ثمة قول ابي يوسف وما ذكرهنا قول محمد ومنهم من قال ما ذكر ثمة جواب القياس
وما ذكرهنا جواب الاستحسان وهو الصحيح وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله في المبسوط
ان على الراجعين ربع المال وهكذا ذكر الكرخي رحمه الله قال شمس الائمة رحمه الله وقع في بعض النسخ على
كل واحد من الراجعين ربع المال ووجهه انهم لو رجعوا جميعا ضمن كل واحد منهم ربع المال وبقاء المثنى
هنا على الشهادة لم يبق الحجة بجميع المال فيجب على الراجعين ما يلزمهما لو رجعوا وذلك نصف المال
وهذا لان شهادة الباقيين لا يثبت الا بشهادة الراجعين فصار حكمهم حكم شهود الزنى ولو رجع
اثنان من شهود الزنى بعد الرجم لضمنا نصف الديه فكذلك هنا ولان كل فريق
شهد بكل المال فيبقى ببقاء احدهما نصف المال لكن شائعا في النصف الباقي بشهادة
الباقي من الفريق الاخر والساقط برجوع الراجع من الفريق الاخر ما كان في النصف الباقي
لا يظهر ما كان في النصف الساقط نظير فيبقى ببقاء احد الشاهدين من كل فريق
ربع المال فيكون الباقي ببقايهما النصف والتالف برجوع الراجعين النصف وجه ما
ذكر في المبسوط ورواية الكرخي رحمه الله انهما يضمنان الربع ان ببقاء احد الشاهدين من
احد الفريقين يبقى نصف المال فانه مع صاحبه كان حجة تامة في جميع المال فيبقى ببقائه
نصف المال وكذا ببقاء الواحد من الفريق الاخر يبقى نصف المال الا ان هذا النصف شائع
نصفه مما هو باق بشهادة الواحد من الفريق الاول فانما يعتبر بقاء نصف هذا النصف ببقائه
على الشهادة وانما انعدمت الحجة في ربع المال فيكون التالف ربع المال فيضمنان ذلك
وجه ما ذكر في الجامع وهو الاستحسان ان جميع المال لا يبقى ببقاء الباقيين على الشهادة
بالاجماع ونصف الحق لم يتغير ببقاء احد الباقيين ولا يجوز ان يقال يبقى النصف بحسب
لانه لو رجع الكل الا هذا الواحد يبقى ببقائه نصف المال فلا بد من بقاء زيادة شيء ببقاء الثاني
بحسبه لا بد من معرفة تلك الزيادة فنقول يبقى ببقاء احدهما نصف الحق فيبقى هذا النصف
لانه لم يقع فيه التغير واما النصف الاخر فنقول لا يجوز ان يبقى ببقاء القائم الاخر على
الشهادة لانه اثبات كل بشهادة شاهدين كل واحد منهما شهد على اصل غير الذي شهد
به صاحبه ولهذا لا يثبت شيء الا ترى انهما لو شهدا في الابتداء على هذا الوجه لا بمعنى شهادتهما

ولا يجوز ان لا يبقى ببقائه شيء لانه لو ضم اليه مثله قضي به ولانه لو رجع الكل الا هو يبقى
النصف فيقول لا يجوز ان يكون ذلك نصف هذا النصف الاخر وهو ربع الكل لان ذلك درجه
شاهدين على شهادة واحد على ما ذكرنا في المسئلة المتقدمة انهما لو رجعا يغرمان الربع
لانهما بمنزلة امراتين ودرجته هذا اقل من ذلك لان شهادتهما تثبت بشهادة واحد وبشهادة
واحد على شهادة اثنين لا يثبت شيء ولا يجوز ان يكون تلك الزيادة ربع هذا النصف وهو ثمن الكل
لان هذه درجه شهادة الواحد على شهادة الواحد كما ذكرنا في المسئلة المتقدمة ودرجة هذا
ارفع من ذلك لانه لو ضم اليه مثله يقضي القاضي به وثمة لا يقضي فربع هذا النصف ثبت بشهادته
بيقين والزيادة على ذلك وهو الربع الاخر ثبت في حال دون حال فيتنصف فصار الثابت بشهادته
ربع هذا النصف ونصف ربعه وذلك ثمن الكل ونصف ثمنه فينضم الى النصف الباقي فيصير
الجملة خمسة اثمان ونصف ثمن فتبين ان التالف بشهادة الراجعين ثمنان ونصف ثمن او يقول لما
عرفنا النصف فالنصف الباقي ثبت بشهادة الباقي الاخر وبشهادة الراجعين وهذا الباقي لو كان
شاهدا في هذا النصف بطريق الاصالة لثبت بشهادته نصفه وهو الربع ولو كان شاهدا على شهادة
واحد في هذا النصف لكان الثابت بشهادته ربع هذا النصف وهو ثمن الكل لان شهادة الشاهد
على شهادة الواحد قايم مقام شهادة امراة واحدة وهذا القايم شاهد على شهادة اثنين
والشاهد على شهادة اثنين اقوى من الشهادة على شهادة الواحد واضعف من الشهادة بنفسه
اما اقوى من تلك لانه لو ضم اليه مثله يثبت الحق بشهادتهما ولو ضم الى تلك مثله لم يثبت
الحق واما اضعف من هذه لان الذي يشهد بشهادة نفسه يعتمد في الشهادة المعاينة والذي يشهد
على شهادة شاهدين يعتمد على الخبر وليس الخبر كالمعاينة ولان الشهادة على الشهادة لا تقبل
الا لضرورة ولا تقبل في الحدود والقصاص والشهادة بشهادة نفسه تقبل من غير ضرورة وفي
جميع الحقوق فيقول لو كان القايم الاخر الذي يعتبر لبيان الزيادة في النصف الاخر لو كان يشهد
بشهادة نفسه لكان يقوم بشهادته نصف هذا النصف وهو ربع الكل ولو كان شاهدا على
شهادة واحد لكان يقوم به ربع هذا النصف وهو ثمن الكل فربع هذا النصف ثبت بشهادته
بيقين والزيادة على ذلك وهو ربع اخر ثبت في حال دون حال فيتنصف ثمنا ونصف ثمن فينضم
الى النصف المعزول او يقول في المسئلة الاولى من الباب الواجب ثلثة ارباع المال ولا كمال الحجة
فيها وجه واحد وهو ان يشهد شاهد على شهادة شاهدين ليكون قايما مقام الراجع فانه
لو ضم الى الباقي الذي شهد على شهادة واحد مثله لا يكمل الحجة لانه حينئذ يكون شهادة شاهدين
على شهادة واحد وشاهد واحد على شهادة اثنين ولو شهد واحد بطريق الاصالة لا يكمل الحجة .

ايضا لان شاهد الفرع على كل اصل واحد في المسئلة الثانية وهو ههنا اذا رجع واحد من الفروع الاول
ذكرنا انه يجب الربع ولا كمال الحجة فيها ثلثة اوجه احدها ان يشهد شاهد على شهادة اثنين حتى يقوم
مقام الواحد او يشهد شاهدان على شهادة واحد حتى يثبت شهادة اصلين بشهادة اربعة من الفروع
او يشهد واحد بطريق الاصالة حتى يصير شاهد اصل و شاهد فرع على شهادة اصل في مسئلتنا
لا كمال الحجة وجهان وهو ان يضم الى هذا مثله او الى هذا مثله ليكون شهادة شاهدين في شهادة
شاهدين فكان حال من بقي في مسئلتنا دون حاله في الوجه الثاني فوق حاله في الوجه الاول فاوجبنا
حكما بينهما باعتبار الحالين وحكي عن عيسى بن ابان رحمه الله انه قال هذا الباب يلقب بباب
النظر الى الوجه لان محمدا رحمه الله كان يلقن اصحابه هذه المسئلة فكان ينظر بعضهم الى وجه البعض
انه هل فهمها فاني لم افهم ومنهم من لقب هذا الباب بباب السكفة والعتبة وذلك لانه روي
عن عيسى رحمه الله انه قال لقننا محمد رحمه الله هذا الباب فلم نفهم فلقننا ثانيا فظننا انا
فهمنا فلما خرجنا لم نبرح الى اسكفة الباب وفي رواية الى عتبة الباب وفي المبسوط اذا
شهد شاهدان على شهادة اربع وشاهدان على شهادة شاهدين بحق فقضى به ثم رجعوا فعلى اللذين
شهدوا على شهادة الاربع الثلثان وعلى الاخرين الثلث عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه
الله الضمان على الفريقين نصفين لان شهادة كل فريق في حكم الضمان عند الرجوع بمنزلة شهادته
بشهادة نفسه الا ترى ان الاتلاف يحصل بشهادة كل فريق لو انفرد سواء شهد بشهادة نفسه
او على شهادة غيره وسواء شهد على شهادة شاهدين او على شهادة اربعة فلما استويا في علة الاتلاف
يستويان في الضمان وهذا لان شهادة الاثنين على شهادة الاربع اضعف من شهادتهما على الحق
بعينه لما ذكرنا ثم لو شهدا على الحق بعينه وشهد اخران على شهادة اثنين ثم رجعوا كان الضمان
على الفريقين نصفين لما ذكرنا كذلك ههنا وهما قالا اللذان شهدا على شهادة الاربع في الصورة
اثنان وفي المعنى اربعة لان القضاء يكون بشهادة الاصول لا بشهادة الفروع ولهذا يعتبر عدالة
الاصول وهذا لان الفروع ينقلون شهادة الاصول الى مجلس القاضي فكان الاصول حضروا
بانفسهم وشهدوا فكان بمنزلة ما لو شهد اربعة على الحق واثنان على الحق ثم رجعوا بعد القضاء
كان الضمان عليهم اثلاثا ثم ما وجب على الاربعة لو حضروا وشهدوا يقضى به على من اثبت
شهادتهم في مجلس القاضي الا ترى ان اربعة لو شهدوا على شهادة اثنين وشهد اثنان على
شهادة اثنين ثم رجعوا بعد القضاء ان نصف الضمان على الاربعة ونصفه على الاثنين وما كان ذلك
الا باعتبار عدد الاصول دون الفروع فكذلك في الفصل الاول الا ان محمدا رحمه الله يفرق بينهما ويقول
شهادة الاربع على شهادة المثنى اضعف من شهادتهم على الحق بعينه فلهذا لا يجب عليهم ما يلزمهم

ان

ان لو شهدوا على الحق بعينه وفي الاول كذلك يقول شهادة الاثنين على شهادة الاربعة اضعف
من شهادتهما على الحق فلا يجوز ان يلزمهما به اكثر مما يلزمهما ان لو شهدا على الحق بعينه فانما انظر
في الوجهين الى الاقل مما يلزم الشهود بشهادتهم وشهادة من شهدوا على شهادته فالزمهم الاقل
من ذلك وهذا نوع استحسان منه والقياس ما قاله ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله والله اعلم

باب الرجوع من الشهادة بالمال

اصل الباب ما ذكرنا ان المعتبر في رجوع الشاهد من بقي لا رجوع من رجع وفرع اخر انه اذا رجع
احدهم عن قدر من المشهود به ورجع اخر عن اكثر منه ينظر الى مقدار ما اتفقا على بقائه
فلا يجب ضمان ذلك على احد لانعدام الرجوع فيه ويجب الباقي على الراجعين على حسب ما ابتنى لما
ياتي في خلال المسائل اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله اربعة شهدوا على رجل باربعمائة درهم
وقضي بها ودفع المال الى المقضي له ثم رجع واحد عن مائة من ذلك ثم رجع اخر عن تلك المائة وعن
مائة اخرى ورجع الثالث عن تلك المائتين وعن مائة اخرى ولم يرجع الرابع فعلى الراجعين خمسون
درهما بينهم اثلاثا على كل واحد منهم ثلثه لما ذكرنا ان المعتبر بقاء من بقي وقد بقي بقاء من بقي
للمائة وخمسون فكان التلف حاصلا في خمسين ضرورة بيانه ان قدر الثلثمائة بقي بقاء شاهد
احدهما الذي لم يرجع الا عن مائة والثاني لم يرجع اصلا ونصف المائة بقي ببقاء الذي لم يرجع فكان
التالف بشهادة الراجعين نصف المائة فيجب عليهم اثلاثا لاستوائهم في ذلك ولو رجع الرابع عن
الاربعمائة ضمنوا جميع مائة بينهم ارباعا ولا تفسير الراجع عن مائة شيئا اخر ويضمن الثلثة
الباقون خمسين درهما ايضا بينهم اما وجوب مائة وخمسين فلان الباقي بشهادة من بقي مائتان
وخمسون لان الراجع عن مائة باق على الشهادة بثلثمائة والراجع عن مائتين قائم على الشهادة
على مائتين فبقيت المائتان ببقائهما والمائة الزائدة على المائتين الى ثلثمائة بقي عليها شاهد واحد
وهو الذي لم يرجع الا عن مائة فبقي ببقائه نصف المائة فظهر ان التالف بشهادتهم مائة وخمسون
فيضمنون ذلك الا ان قدر المائة يجب عليهم ارباعا لان كلهم رجعوا عنها لانها هي المائة الرابعة
وكلهم استووا في ايجابها وضمان خمسين لا يجب على الراجع الاول لعدم رجوعه عن المائة التي
الخمسون نصفها وفي المبسوط لو شهد رجل وامرأتان على الف درهم ورجل وامرأتان على
وعلى مائة دينار فقضي بذلك ثم رجع رجل وامرأتان عن شهادتهما على الدراهم دون الدنانير لم يضمنوا
شيئا لانه بقي على الدراهم من تتم الحجة بشهادته ورجوع هؤلاء في حق الدراهم لا يكون رجوعا
منهم عن الشهادة في الدنانير فلهذا لا يضمنون شيئا ولو رجعوا جميعا عن الدراهم والدنانير
فضمان الدنانير على اللذين شهدا بها خاصة وضمان الدراهم عليهم جميعا عند ابي حنيفة

رحمه الله ارباعا على كل امراتين ربع وعلى كل رجل ربع وعندهما اثلاثا على كل رجل الثلث وعلى النسوة
الثلث ولو شهد شاهدان على رجل بمائتي درهم بعينها في يد رجل انها لفلان وآخران على ان مائة
منها انها له فقضى به ثم رجع احد شاهدى المائتين ضمن خمسين لان مقدار المائة استحق
بشهادته وشهادة صاحبه خاصة وقد بقى نصفه ببقاء صاحبه على الشهادة فيغرم نصفها
وذلك خمسون وان رجع احد شاهدى المائة ايضا لم يغرم شيئا لان مقدار المائة ثبت بشهادة الاربع
وقد بقى منهم ثلثة على الشهادة بتلك المائة فلا يغرم الراجعان شيئا منها ولو شهد اربعة نفر على
رجل بحق فشهد عليه اثنان بخمسمائة واثنان بالف فقضى به ثم رجع احد شاهدى الالف فعليه
ربع الالف لان نصف الالف ثبت بشهادته وشهادة صاحبه فبقى نصفه ببقاء صاحبه فيغرم
النصف فان رجع معه شاهد الخمسمائة فعليه ربع الالف وعليه ايضا وعلى الاخر ربع الالف
بينهم لان الشهود على النصف الاخر كانوا اربعة وقد بقى نصفه ببقاء الواحد وان رجع احد
شاهدى الخمسمائة وحده او هما فلا شيء عليهما لانه بقى على تلك الخمسمائة حجة تامة وان رجعوا
جميعا كان على شاهدى الالف خمسمائة لانها استحقت بشهادتهما والخمسمائة عليهم ارباعا
لانها استحقت بشهادتهم وان رجع شاهدا الالف واحد شاهدى الخمسمائة فنصف الالف على
شاهدى الالف والربع عليهم اثلاثا لان الحجة بقيت في ربع الالف ببقاء احد شاهدى
الخمسمائة على شهادته رجلان شهدا على شهادة رجلين على رجل بعتق عبده فقضى القاضي
بشهادتهما ولم يتفرقا حتى حضر الاصلان وانكرا الشهادة والاعتاق بطلت شهادة
الفرعيين لان الاصليين ان كانا صادقين في الانكار لم يثبت التحميل اصلا ويثبت فسق
الفرعيين وان كانا كاذبين بطل التحميل لفسقهما ولان حضور الاصول قبل القضاء بشهادة
الفروع يمنع القضاء بشهادة الفروع لان الفروع بدل عن الاصول قبلت شهادتهما عند
غيبة الاصول للضرورة ولا ضرورة عند حضرتهم او كالوكيلين عن الاصول في نقل شهادتهما الى
مجلس القاضي فيبطل ولايتهما بابطال الاصليين فيبطل هذا الاصلان اذا شهد الفرعيين وامراهما
لهما باداء الشهادة ثم نهاهما عن ذلك هل يعمل نهيهما لا رواية فيه عن اصحابنا المتقدمين رحمهم الله
واختلف فيه المتاخرون فيمنع ويقول لا يقبل شهادتهم وليس لهما ان يشهدوا وقال شمس الائمة السرخسي
في المبسوط لا يقول ان الفروع نايبون عن الاصول في نقل شهادتهم الى مجلس القاضي فانهم بعد
الاشهاد لو منعوهم عن اداء الشهادة كان عليهم الاداء اذا طلب المدعي ولو كانوا نايبين عن
الاصول لما كان لهم الاداء اذا منعهم الاصول عن الاداء لكنهم يشهدون على ما تحملوا وهو شهادة
الاصول اياهم على شهادتهم ولو شهدوا على الحق بعينه ما كانوا نايبين عن احد فكذا اذا شهدوا

عل

على شهادة الاصول وليس كانوا نايبين ولكن النيابة اذا تعلق بها حق الغير لا يملك الموكل عزله كالعدل
في الرهن اذا وكله الراهن ببيعه والوكيل بطلب الخصم في الخصومة بعد غيبة الموكل فلو ان الفرعيين
اشتريا هذا العبد جاز الشرى ولا يعتق اما جواز الشرى فلانهما لو اقرا بحريته ثم اشترياه جاز
فهنا اولى واما عدم العتق فلانهما ما اقرا بحريته وانما حكيا اقرار الاصليين انهما سمعا ان مالكه
اعتقه ومن حكى اقرار الغير بالعتق لا يكون مقرا به وقولهما ليس بحجة عليه وكذا لو اشتريه الاصليان
لانهما ما اقرا بالعتق بل انكرا حكايتهما عنهما بالعتق فلم يثبت اقرارهما فان اشتريه احد الاصليين
واحد الفرعيين معا عتق العبد ويسعى في قول ابي حنيفة رحمه الله في قيمته بينهما موسرين كانا او
معسرين او احدهما موسر والاخر معسر لان الفرع صار مقرا بالعتق لانه يقول شريكي اقر
انه حر قبل ملكه الا انه لم ينفذ اقراره لعدم الملك فاذا ملكه يعتق عليه فصار الفرع المشتري
شاهدا على الاصل المشتري انه اعتق عبدا مشتركا بينهما وانكر صاحبه فيعتق بالاجماع ثم انه عند
ابي حنيفة رحمه الله يسعى في جميع قيمته كما في تلك المسئلة وعندهما يسعى للمشهود عليه بكل حال
وهل يسعى للشاهد ان كان المشهود عليه معسرا سعى وان كان موسرا لا على ما ذكرنا في الايمان ولو
اشتريه احد الاصليين وقبضه ثم اشتريه منه احد الفرعيين او كلاهما عتق العبد ولا سعاية
عليه لواحد منهما اما الاصل فلانه منكر العتق والسعاية واما الفرع فلانه لا يدعي السعاية لانه يزعم
انه اشترى الحر ويدعي الثمن على البايع وولاؤه موقوف لان كل واحد منهما ينفيه عن نفسه ولو اشتريه
احد الفرعيين اولا ثم اشترى منه احد الاصليين او كلاهما لا يعتق لما ذكرنا ان الفرع حكى والاصل انكر
وقوله ليس بحجة عليه والله اعلم

باب الرجوع عن الشهادة في قتل العبد والجناية عليه

اصل الباب ما ذكرنا في الايمان ان الحكم المعلق بالشرط اذا وجد شرطه
وثبت ايضا فثبوته الى العلة لا الى الشرط والمعلق بعلة ذات وصفين يضاف الى اخرهما ووجوب
الدية على المولى بجناية العبد معلق بوصفين بالجناية واختيار المولى الفدا لان كل واحد منهما
مؤثر اما الجناية فظاهر وكذا اختيار الفدا لانه التزام الضمان وله ولاية التزام الضمان فكان
مؤثرا في لزومه فيضاف وجوب الدية على المولى الى اخرهما وجودا وهو اخرهما ذكرنا ان الشاهدان انما
يضمنان عند الرجوع ما اتلفاه بشهادتهما اذا كان بغير عوض وانما يكون متلفا اذا قضى القاضي بشهادته
اما ما لم يقض القاضي به فلا لان الشهادة قبل اتصال القضاء بها لا يكون حجة فبها اتصل القضاء
بالشهادة يصير الشاهد متلفا له واما فلا وان صارت شهادته سببا ولا يحصل التلف الا بشهادته
كما ذكرنا في اول الباب اذا مات وترك اخا وجاء رجل وادعى انه ابن الميت واقام البينة وقضى
بالميراث له ثم رجع الشاهدان ضمنا للاخ الميراث لان القاضي قضى بشهادتهما بالميراث للابن على الاخ

اما العتق فلان العبد وقع ... ومن زعم انه عتق حين ملكه اشترى عبدا اقر بحريته على نفسه لانه اثبت والاسعاية عليه

له صح

لان استحقاق الميراث مضاف الى النسب لانه آخرهما وانه ثابت بشهادتهما ولو شهدا بالنسب حال

الحياة ثم مات ورجعا لم يضمنا للاخ لان القاضي قضى بالبنوة بشهادتهما لا بالميراث فلم يضمن الشاهدين

متلفين وان صارت البنوة الثابتة بشهادتهما سببا للميراث والاتلاف على الاخ اذا عرفنا هذا

قال محمد رحمه الله رجل له عبد قيمته الف فشهد شاهدان ان هذا العبد قتل ولي هذا الرجل خطأ

فقضى بالجناية ولم يخير المولى الدفع او الفداء حتى شهد آخران ان المولى اعتق العبد بعد الجناية

والمولى يجحد ذلك يقضي بعتقه وعلى المولى الدية لان الجناية قد ظهرت وثبت الاختيار بالاعتاق

بعده وذكر ابو بكر الرازي عن ابي الحسن الكرخي رحمهما الله ان تأويل هذه المسألة ان الشهود شهدوا

انه اعتقه وهو عالم بالجناية حتى يصير مختارا للفداء وان لم يذكر محمد رحمه الله العلم لان الاعتاق بعد

الجناية لا يدل على اختيار الفداء اذا لم يكن عالما بالجناية والصحيح ما ذكر محمد رحمه الله والسهو

على العالم ليس بشرط لثبوت الاختيار ههنا لانه قد علم بالجناية اول مرة فاذا اعتقه بعد ذلك فان

قال ولي الجناية لم يكن عالما بالجناية وقت الاعتاق لا يصير مختارا للدية وان قال كان عالما فقد

تمسك بالاصل وهو استيفاء العلم الثابت فكان الظاهر شاهدا له فيكون القول قوله ويقضي عليه

بالدية وان لم يشهدوا انه كان عالما بالجناية وقت الاعتاق ولو قبض الاولياء الدية من المولى ثم

رجع الشهود عن شهادتهم غرم شاهدا الجناية للمولى الف درهم وشاهدا العتق عشرة الاف درهم الف

منها قيمة العبد وتسعة الاف تمام الدية اما شاهدا الجناية فلانهما اتلفا قدر الالف لان القاضي

قضى بالجناية بشهادتهما ووقت القضاء بالجناية العتق لم يكن وموجب جناية العبد الدفع فالقضاء

بشهادتهما ما حصل الا بقدر الالف او ان كان الموجب الدفع او الفداء الا ان المولى يتخلص بالاقل فكان

مختارا في التزام الزيادة فلا يجب عليهما الزيادة اما لانه متبرع او لانهما ما اتلفا ذلك بيقين الا

ترى ان المغصوب اذا جنى في يد الغاصب يخير المولى بين الدفع او الفداء وايهما اختار لا يرجع

على الغاصب الا بالاقل كذلك ههنا واما شاهدا الاعتاق فلانهما اتلفا الرقبة وعشرة الاف باختيار

الفداء لان القاضي قضى بالاعتاق بشهادتهما والاعتاق يزيل ملك العبد ويدل على اختيار الفداء الا

ان قدر الالف من بدل النفس غرم شاهدا الجناية فلا يغرم شاهدا الاعتاق من بدل النفس

الا تسعة الاف ويغرمان قيمة العبد ايضا فيغرمان عشرة الاف لهذا ولان وجوب الدية

مضاف الى شهادتهما لان الاعتاق آخر الوصفين ولو شهد شاهدان اولا انه اعتقه

امس فقضى به ثم شهد آخران ان العبد قتل رجلا قبل ذلك امس والمولى يعلم بذلك فان القاضي

يقضي بالدية والعتق على المولى وقد شرط في هذه المسألة ان يشهد الشهود على علم المولى بالجناية

وقت الاعتاق ليثبت اختيار الفداء بالاعتاق ولم يشترط في المسألة الاولى لان ثمة كان عالما

بالجناية

بالجناية قبل الاعتاق وههنا لا لان الجناية ما كانت ظاهرة وقت الاعتاق فلا بد من ان

يشهدوا انه حين اعتق المولى عالم بالجناية حتى يكون الاعتاق بعده دليل الاختيار فلو قضى القاضي

بذلك ثم رجعوا جميعا ضمن شاهدا العتق قيمة العبد الف درهم وشاهدا الجناية الدية عشرة

الاف درهم على عكس المسألة الاولى اما شاهدا الاعتاق فلانهما في هذه المسألة ما اثبتا الاختيار لان

القاضي قضى بشهادتهما بالاعتاق لا بالاختيار وكيف يقضي بالاختيار والجناية لم تكن ظاهرة

عنده وقت القضاء بالعتق فصار متلفين على المولى قيمة العبد لا الدية فيضمنان القيمة

لا غير بخلاف المسألة الاولى لان ثمة الجناية كانت ظاهرة عند القاضي وقت القضاء بالعتق فاتصل

القضاء بالاعتاق وبالاختيار فصارا متلفين قيمة العبد والدية واما شاهدا الجناية فلان

القاضي انما قضى بالدية ههنا بشهادتهما لان الجناية وان كانت سابقة على الاعتاق وجودا لكن القضاء

بالجناية متأخر عن القضاء بالاعتاق يعني قضى بالجناية بعد ما قضى والعبد حر فيكون موجب جنايته

في هذه الحالة الدية فصار ضامنا بالدية بشهادتهما ولانه آخر الوصفين اثرا في المسألة الاولى كان

ما قضى بالجناية كان الجاني عبدا فكان موجبها استحقاق الرقبة لا غير فكان لزوم الزيادة بعد

مضافا الى التزامه واختياره الثابت بالاعتاق وهذا اذا شهدوا بالجناية والاعتاق على

التعاقب وقضى القاضي على التعاقب ولو شهدوا بالامرين جميعا معا بان شهد شاهدان ان

هذا العبد قتل ولي هذا الرجل اول من امس وشهد شاهدان انه اعتقه امس لا يعتبر السبق و

التأخر في الشهادة وانما يعتبر في التزكية والقضاء لما ذكرنا ان الشهادة انما يصير حجة عند

اتصال القضاء بها فان زكيت شهود الجناية اولا وقضى بها ثم زكيت شهود العتق فقضى به

فهي المسألة الاولى من الباب وان زكيت شهود العتق اولا وقضى به ثم زكيت شهود الجناية

فهي المسألة الثانية من الباب وان ظهرت التزكية للكل معا وقضى القاضي بهما معا فالجواب فيه

كالجواب فيما اذا قضى بالجناية اولا وهي المسألة الاولى لان شهود العتق هما اللذان اثبتا علة

التلف لان الدية وجبت عليه بالعتق والعتق ظهر بشهادتهما ولان المولى صار متقضيا عليه

باختيار الفداء بشهادة الفريقين لا محالة واحالة الاختيار الى شهود العتق اولى لان الاختيار

فعل المولى والاعتاق فعل منه اما الجناية فعل العبد لا فعله فكان اضافة الاختيار

الى العتق الذي هو فعله اولى واذا ثبت الاختيار بالعتق صار العتق متأخرا عن الجناية ضرورة

لان الاختيار والفداء بعد الجناية او لان العتق الذي هو موجب الاختيار بعد الجناية ولانهم شهدوا

بالاعتاق بعد الجناية اما في المسألة الاولى فلان شهود الجناية شهدوا انه قتل وشهود الاعتاق شهدوا

انه قتل وشهود الاعتاق شهدوا انه اعتق بعد الجناية واما في المسألة الثانية فلان شهود الجناية

ومتى مه

شهدوا انه حنث اول من امس وشهود الاعتاق شهدوا انه اعتقه امس فاذا وجب القضاء بشهادتهم بها اوجب القضاء بالجناية سابقا لما شهدوا او قضى بالجناية سابقا صارت كالمسئلة الاولى من الباب هذا كما لو ادعى على رجل دينا بسبب الوكالة او الوراثة او الوصاية واقام البينة على التوكيل والمال بها او على النسب والمال معا او على الوصاية والمال معا فان ظهرت الوكالة على التعاقب يقضى بما ظهرت تركيبته وان ظهرت معا نقدم القضاء بالوكالة والوصاية والنسب على القضاء بالمال هذا اذا شهدوا بعتق منجز وان شهدوا بعتق معلق بان شهد شاهدان بالجناية اول من امس وعلم المولى بها وشهد اخران انه قال امس ان دخلت الدار فانت حر وشهد اخران انه دخل الدار اليوم فعدلوا وقضى القاضي بالكل وغرم المولى الدية ثم رجعوا فعلى شهود الجناية الف وعلى شهود العتاق عشرة الاف درهم ولا شيء على شهود الدخول لانهم لم يثبتوا كلمة العتق وهو قوله انت حر ولم يثبتوا اختيار الفداء فلم يضمنوا شيئا وشهود اليمين اثبتوا كلمة العتق فصاروا شاهدين على العتق عند الشروط وقد ذكرنا هذا في الايمان والقاضي قضى بالجناية والعتق معا فصار كانه قضى اولا بالجناية ثم بالعتق لما ذكرنا فكانت كالمسئلة الاولى من الباب فان قيل العتق وان كان باليمين فهو على شرف السقوط وعدم الثبوت وشاهدا الدخول هما اللذان اكدا حكمها ومنعاها من السقوط فصار كشهود الطلاق قبل الدخول لما اكد نصف المهر على الزوج قلنا هذا لا يشبه شهود الطلاق لان شهود الطلاق شهدوا على امر لا يصح الا بالنكاح فصار كانهما شهدا على النكاح والطلاق واما دخول الدار فيصح من غير يمين فصارت الشهادة عليه بمنزلة الشهادة على الاحصان ولو رجع شهود الدخول خاصة لم يضمنا شيئا لما قلنا وهذه رواية لما ذكرنا في الايمان ان الاصح ان لا ضمان على شهود الشرط سواء رجعوا وحدهم او مع وجود السبب ولو كان مكان التعليق تفويضا بان شهد شاهدان انه جعل امره بيده في العتق وان فلانا متى شاء اعتقه انما قيد بقوله متى شاء اعتقه حتى لا يقتصر على المجلس وشهد شاهدان ان فلانا اعتقه اليوم واخران بالجناية فقضى بذلك ثم رجعوا فعلى شهود الجناية الف وعلى شهود العتق الدية ولا شيء على شهود التفويض اما على شهود الجناية الف لما قلنا ان القضاء بالجناية سابق واما على شهود العتق عشرة الاف لان القضاء اخر واما لا شيء على شهود التفويض لانهم لم يثبتوا كلمة العتق ولا اختيار المولى لان بالتفويض لا يعتق ما لم يوجد كلمة الاعتاق وذلك من اختيار المفوض اليه وهو المبني عن العتق الا ان التفويض من المولى شرط يعمل قوله بمنزلة الشرط لعمل اليمين بخلاف شهود اليمين في المسئلة الاولى لان ثبوت العتق مضافا الى ما ثبت بشهود اليمين وهو قوله انت حر لانه لا يحتاج الى التكلم بكلمة الاعتاق بعد

شاهدان

بالعتق

اخران

واذا

واذا اضاف الاعتاق هنا مضافا الى شهود الاعتاق صار اعتاق المفوض اليه كاعتاق المولى لانه نائب عنه معنى وان كان لا يملك عزله واذا اضاف كاعتاقه يصير مختارا فصار شهود الاعتاق شاهدين على المولى بالاختيار فاذا رجعوا ضمنوا ولو شهد رجلان على رجل انه اعتق عبده وشهد اربعة عليه بالزنى والاحصان فاجاز القاضي شهادتهم واعتقه ورجمه ثم رجعوا فعلى شهود العتق قيمة العبد للمولى لانهم اتلفوا ماليته المولى في شهادتهم بالعتق وعلى شهود الزنى الدية لمولاه ايضا ان لم يكن له وارث غيره لانهم اتلفوا نفسه بشهادتهم عليه بالزنى والاحصان بغير الحق والمولى وان كان جاحدا للعتق وينكر وجوب الدية الا ان القاضي لما حكم بعتقه فقد كذبه فيما زعم فلا يعتبر زعمه بعد ذلك فان قيل ذلك كيف يجب للمولى بدلان عن نفس واحد قلنا وجوب القيمة على شهود العتق بدل عن المالية ووجوب الدية اعتبار النفسية ثم الدية لا يجب للمولى ولكن للمقتول حتى تنفذ وصاياه ويقضى ديونه منها الا ترى انه لو كان له ابن حر كانت الدية له دون مولاه ارايت لو شهدوا انه ابنه وشهد اخرون بالزنى والاحصان ثم رجعوا اما كان على شهود النسب القيمة وعلى شهود الزنى الدية وكذا لو كان شاهدا العتق بعض شهود الزنا فعليهما ربع القيمة حصتهما من الدية لان المشهود به مختلف فاتحاد الشهود في ذلك واختلافهم سواء وكذا لو كان شهود العتق رجلا وامراتين لان العتق ليس بسبب للحد وهو مما يثبت مع الشبهات فشهادة رجل وامراتين فيه كشهادة رجلين ولو شهد اربعة على العتق والزنا والاحصان فامضى القاضي ذلك ثم رجعوا عن العتق ضمنوا القيمة لا تلافهم بالاتلاف اليه ولا شيء عليهم من الدية لاصرارهم على الشهادة عليه بالزنى وفي حق العتق هم بمنزلة شهود الاحصان ورجوع شهود الاحصان لا يوجب عليهم الضمان عليهم ولو رجع اثنان عن الزنا واثنان اخران من العتق فلا ضمان على شهود العتق لانه قد بقي على العتق حجة كاملة وعلى اللذين رجعا عن الزنى نصف الدية وحد القذف ٥ امراة ادعت على رجل انه تزوجها بالفي درهم ومهر مثلها الف والزوج يجحد فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي به واعطاها الالفين ثم شهد اخران ان الزوج دخل بها وطلقها ثلثا وهو يجحد ففرق القاضي بينهما ثم رجع الشهود كلهم فالزوج بالخيار ان شاء ضمن شاهدي الدخول والطلاق الفين وان شاء ضمن شهود النكاح الفا وشهود الدخول والطلاق الفا ولا يرجع شهود الدخول والطلاق على شهود النكاح بما يضمنان وان ضمن الزوج شهود النكاح الفا ضمن ايضا شهود الدخول والطلاق الفين فكان له من ذلك الف واعطى شاهدي النكاح الفا وذكر هذه المسئلة في الرجوع عن الشهادات وذكر ابن سماعة رحمه الله في نوادره عن محمد

عنه

عليهم

رحمه الله وقال لا يتخير الزوج لكن له ان يضمن شاهدي النكاح الفا وشاهدي الدخول والطلاق
الفا الا انه ذكر في الرجوع انه اذا ضمن كل فريق الفا كان لشاهدي النكاح الرجوع على شاهدي الدخول
والطلاق فحق القبض يكون لشاهدي النكاح وفي الجامع يتحول حق القبض للزوج فيقبض ويدفع
الى شاهدي النكاح فكان الالف لشاهدي النكاح على الروايتين الا ان الاختلاف في القاهر
وروي عن ابي يوسف رحمه الله كما ذكر في الرجوع اما وجه رواية الجامع ان يقول اولا انما يخير
لانه وجد من كل واحد منهما سبب الضمان اما شاهدا النكاح فلانهما اوجبا عليه الفي درهم الا ان
الالف من ذلك بعوض وهو البضع لانه عند الدخول متقوم والالف بغير عوض فيما اوجبا بعوض لا
يضمنان وفيما اوجبا بغير عوض يضمنان وشاهدا الدخول والطلاق اوجبا الفي درهم معنى لان
الدخول لم يظهر قبل شهادتهما والفرقة الحاصلة قبل الدخول بها لا من جهة الزوج يوجب سقوط
كل البدل عنها لما اضافا الدخول والطلاق الى الزوج فقد اوجبا عليه الف درهم معنى لان
الدليل المسقط لما كان ظاهرا وهو الفرقة من قبلها بناء على جهلها الطلاق في حاله لم يكن الدخول
ظاهرا والزوج يجحد ذلك كان اضافة الدخول اليه ظاهرا والطلاق اليه بعد ظهور المسقط ايجابا
للالف عليه معنى فاذا رجعا فقد زعما انهما اوجبا عليه الفي درهم بغير عوض فيضمنان فلذلك
يتخير فان اختار تضمين شاهدي الدخول والطلاق الفين لم يكن له تضمين شهود النكاح لانه
وصل اليه جميع ما غرم للمراة وان اختار تضمين شاهدي النكاح الفا سقط حقه في الالف الآخر
فكان له ان ياخذ من شاهدي الدخول والطلاق الفين لانهما اوجبا عليه ذلك لما قلنا فياخذ
الفا لنفسه ليتم حقه ويأخذ الفا آخر ويدفعه الى شاهدي النكاح وان اوجبا الف
درهم الا ان هذا الالف يسقط بالفرقة قبل الدخول لا من جهة الزوج فشاهدا الدخول والطلاق
اوجبا على الزوج تلك الالف معنى وكان الضمان عليهما وقد ضمن شاهدي النكاح ذلك الالف
يرجعان بذلك على شاهدي الدخول والطلاق لكن حق القبض للزوج لان السبب الذي ضمن شاهدي
الدخول والطلاق الشهادة وقد جرى هذا السبب بين شاهدي الدخول والطلاق وبين الزوج
لا بين شاهدي الدخول والطلاق وشاهدي النكاح فيكون حق القبض للزوج وان كان المقبوض
ملك الغير كالوكيل بالبيع والاجارة له قبض البدل وان كان المقبوض ملك الموكل واما وجه رواية
كتاب الرجوع والنوادر ان يقول يعتبر حالة الاجتماع بحالة الانفراد ولو انفرد شاهدا النكاح
ثم رجعا ضمنا الالف وهو ما زاد على مهر المثل لا غير ولو انفرد شاهدا الدخول والطلاق ثم
رجعا ضمنا الفا لا غير لان الشهادة بالدخول والطلاق شهادة بالنكاح بغير بدل مسمى فيجب مهر
المثل وهو الف درهم فعند الاجتماع يضمن كل واحد الفا لا غير ثم على رواية كتاب الرجوع

الرجوع لا يرجع شاهدا النكاح على شاهدي الدخول والطلاق لانه لو رجع انما يرجع لان شاهدي
الدخول والطلاق اوجبا عليه ما شهد به شاهدا النكاح معنى بعد قيام المسقط
ولا يمكنان يرجعا بهذا لانه في زعم شاهدي النكاح ان المسمى لم يكن والنكاح لم يكن
والنكاح والزيادة على مهر المثل لم يثبت بشهادة شاهدي الدخول فاذا كان في زعمهما
ان المسمى لم يكن لم يتصور شاهدا الدخول موجبين معنى لاكثر من مهر المثل وهو الالف
فلا يتصور ان موجبين ما اوجب شاهدا النكاح وانما صارا موجبين قدر مهر المثل
وهو الف درهم فلا يغرمان اكثر من ذلك وقد غرما الالف للزوج فلا يغرمان لشاهدي
النكاح شيئا الا ان المذكور في الجامع اصح لما قلنا وما قال بان شاهدي النكاح زعما
ان النكاح والمسمى لم يكن قلنا بلى لكن يزعمان ان القاضي لما قضى بالنكاح بشهادتهما
الباطلة نفذ قضاؤه ظاهرا وباطنا وثبت انشاء النكاح بالمسمى الذي شهدا انه مقتضى
القضاء الا انه يسقط بالمسقط لما لو كان النكاح موجودا من الزوجين حقيقة فصار
شاهدا الدخول موجبين ذلك معنى بعد قيام المسقط ضرورة وكان المذكور في الجامع
قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وما ذكر في الرجوع قول ابي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمه
الله بناء على ان قضاء القاضي يتضمن الانشاء اولا بناء على رواية النوادر يجعل حق القبض
لشاهدي النكاح لان سبب الضمان وان جرى بين الزوج وشاهدي الدخول والطلاق الا
ان الزوج لما ضمن شاهدي النكاح فقد اقامهما مقام نفسه فتحول المطالبة اليهما كما لو
شهدا على رجل انه باع عبده من فلان بالف الى سنة وقيمة العبد خمسمائة والبائع يجحد
وقضي ثم رجعا يخير البائع بين تضمين المشتري الالف مؤجلا وبين تضمين الشاهدين
خمسمائة حالة فان ضمن الشاهدين كان لهما تضمين المشتري الالف الى سنة لان البائع اقامهما
مقام نفسه حين ضمنهما وكذا لو شهدا على رجل انه كاتب عبده بالف الى سنة وقيمته خمسمائة
وقضى القاضي ثم رجعا كان المولى بالخيار على ما ذكرنا الا ان ما ذكر في الجامع اصح لان
سبب الضمان جرى بين الزوج وشاهدي الدخول والطلاق الذي يصح (؟) الزوج قد بانا عن عنه (؟)
فيجب ان يكون حق القبض له وشهود النكاح قاموا مقامه في الاستحقاق لا في المطالبة والقبض
بخلاف المشتري لان السبب جرى بين الشاهدين والمشتري حيث شهدا على البائع للمشتري
فجاز ان يثبت حق المطالبة للشاهدين وكذا في الكتابة وكذا في الغاصب مع غاصب
الغاصب لان السبب من حيث الحقيقة جرى بين الغاصب الاول والغاصب الثاني فجاز ان
يقوم مقامه هذا اذا شهدا بالنكاح اولا وقضى القاضي به ثم شهد آخران بالدخول والطلاق

وقضى به ولو شهد احد الفريقين قبل صاحبه لكن لم يقض به حتى شهد الفريق الآخر ثم ركبت شهود النكاح فقضى بشهادتهم ثم ركبت شهود الدخول والطلاق فهذا والاول سواء لان العبرة للقضاء لان الشهادة انما تصير حجة به ولو قضى بشهادتهم معا وقد شهد الفريقان معا او على التعاقب لكن ظهرت الركبة معا وقضى معا فكذلك الجواب في جعل القضاء بالنكاح سابقا لانه لما وقع التعارض وتعذر الاجتماع يجعل القضاء بالنكاح سابقا لانه سابق في الوجود ولان الدخول والطلاق يترتب على النكاح ولان الزوج لا يصير مقضيا عليه بتاكد المهر هنا على كل حال وتاكد المهر حال حياة الزوج انما يكون بفعله وهو الدخول فكان القضاء بالدخول بعد النكاح حتى يحصل التاكد بفعله ولا يلزم نسبته الى الحرام اولى كما قلنا في العتق في اختيار العلماء ولان مهر المثل لا يظهر مع التسمية وانما يظهر تاكد التسمية بشهود الدخول لا غير فان قضى بالدخول والطلاق اولا بان ظهرت تركيتهم اولا وقضى على الزوج بمهر مثلها وهو الف ثم ركبت شهود النكاح فقضى عليه بالف آخر ثم رجعوا جميعا لم يضمن شهود الدخول والطلاق الا الفا وضمن شهود النكاح الفا ولا يرجع احدهما على صاحبه على الروايات كلها انما يضمن كل فريق الفا لان شهود الدخول والطلاق شهدوا بنكاح لا تسمية فيه فراعينا موجب العقد وهو مهر المثل موضع القضاء بشهادتهما بمهر المثل وهو الف درهم لا غير فضمنوا ذلك وشهود النكاح اوجبوا الفا اخرى وهو الزيادة على مهر المثل بغير عوض وانما لا يرجع كل فريق على الفريق الآخر اما شهود الدخول والطلاق فظاهر واما شهود النكاح فلان الزوج لم يكن له حق تضمين شهود الطلاق ما زاد على الالف حتى يثبت ذلك لمن قام مقامه ولو ركوا معا وقضى القاضي بذلك معا ثم رجع احد الفريقين قبل صاحبه فان رجع شهود النكاح اولا فانهما يضمنان الف درهم وهو الزيادة على مهر المثل لانهما اتلفا ذلك بغير عوض فان رجع شهود الدخول والطلاق بعد ذلك ضمنوا الفين للزوج لانهم منعوا الالفين من السقوط فيسلم له الف ويدفع الفا الى شاهدي النكاح لما ذكرنا فيما اذا رجعوا اولا ولو رجع شهود الدخول والطلاق اولا ضمنوا الفين لما قلنا فان لم يقبض الزوج حتى رجع شهود النكاح فلا ضمان للزوج قال محمد رحمه الله لانه حين اختار تضمين شهود الدخول والطلاق فقد ابرأ شهود النكاح فان قيل هذا الابراء وجب ان لا يصح لانه ابراء قبل الوجوب فان الضمان لم يكن واجبا على شهود النكاح وقت تضمين شهود الدخول لعدم رجوعهم قيل له انما يصح لان بالرجوع ظهر ان الضمان كان واجبا عليهم فان الضمان انما يجب عليهم بالشهادة السابقة عند الرجوع لا بالرجوع لان الشاهد

انا

انما يصير متلفا عليه بالشهادة فاذا ظهر وجوب الضمان ظهر صحة الابراء ولانه وصل الى الزوج كال حقه من شهود النكاح الدخول والطلاق ولانه لا فايدة في الاخذ منهم لانه لو اخذ يرد عليهم هذا اذا شهدوا على معاينة النكاح ومعاينة الدخول والطلاق واما على قرار بالدخول والطلاق وقضى به ثم رجعوا فهذا وما لو شهدوا على المعاينة سواء امرأة مرتدة ادعت على رجل انه تزوجها في حال اسلامها على الفين وشهد شاهدان بذلك فالقاضي لا يقضي بالعقد لان الردة تنافي العقد فلا يمكن القضاء بالعقد ولا بالمهر لانه قارنه ما يمنع القضاء بالمهر وهو ردتها قبل الدخول ولو ادعت الدخول بها قبل الردة وانه طلقها ومهر مثلها الف والزوج يجحد ذلك كله فشهد شاهدان بالنكاح على الفين وشهد آخران على الدخول والطلاق امس والارتداد اليوم فيقضي بالنكاح ثم بالدخول ثم رجعوا لم يضمن شهود النكاح شيئا وضمن شهود الدخول الفين اما شهود النكاح فلانهم ما صاروا متلفين شيئا لان القاضي لا يكلف الزوج باداء شيء من المهر بشهادتهم لانه وان قضى بالنكاح والتسمية بشهادتهم لكن المبرئ للزوج عن المهر قائم وهو ردة المرأة قبل الدخول بها الا ترى ان صاحب الدين لو اقام البينة على الدين واقام المديون البينة على الابراء والايفاء لا يقضي عليه بشيء لما كذلك هنا واذا لم يقض بشهادتهم لم يصيروا متلفين بخلاف ما اذا لم يرتد المرأة والمسألة بحالها حيث يضمن شهود النكاح لان المبرئ غير قائم وقت القضاء فوقع القضاء بشهادتهم بالمسمى فضمنوا ما زاد على مهر المثل واما شهود الدخول فلان المسمى وهو الالفان كان باقيا الا ان شاهدي النكاح لم يضمنا لوجود المبرئ وشاهدا الدخول اوجبا ذلك حين لان المبرئ لم يوجد لان الردة بعد الدخول غير مبرئ فصارا موجبين الفين ولو كان القاضي قضى بشهادتهما معا فكذلك الجواب لما قلنا من قبل ولو قضى بشهادة شهود الدخول اولا ثم قضى بشهادة شهود النكاح ثم رجعوا ضمن شهود الدخول مهر مثلها وشهود النكاح الفضل ولا يرجع احد على احد اما شهود الدخول فلانهم حال ما شهدوا بالدخول والطلاق وقضى بشهادتهم لم يكن التسمية ظاهرة فصار القاضي بمهر المثل لا غير فاذا رجعا ضمنا ذلك واما شهود النكاح فلان القاضي حين قضى بالنكاح مع التسمية كان الدخول متصلا به وردة المرأة بعد الدخول غير مبرئة فلم تقارن المبرئ عن المهر القضاء بالمهر هنا فيحصل القضاء بالمهر بشهادة النكاح فلم يضمنوا قدر مهر المثل وضمنوا ما زاد عليه ولا يرجع احدهما على صاحبه لما قلنا من قبل واذا شهد رجل وامرأتان على الطلاق ورجل وامرأتان على الدخول بها وقضى القاضي بالصداق والطلاق ثم رجعوا فعلى شهود الدخول ثلاثة ارباع المهر وعلى شهود الطلاق

الربع لان شهود الطلاق الزموه نصف المهر بدليل انهم لو انفردوا قضى على الزوج بنصف المهر وشهود
الدخول الزموه جميع المهر بدليل انهم لو انفردوا قضى عليه بجميع المهر فنصف المهر اختص
شهود الدخول بايجابه فيجب ضمانه عليهم وقد اشتركوا في النصف فضمانه على الفريقين فان
قيل لا كذلك بل جميع المهر واجب بالعقد فما الزموه واحد من الفريقين شيئا من المهر
بما شهدوا به قلنا نعم لكن بمقابلة البضع على انه ان فوت تسليمه على وجه لا ينتهي به النكاح
فلا شئ على الزوج منه وقد تحقق ذلك بالفرقة بينهما ولولا شهادة شهود الطلاق لم يكن عليه
نصف المهر حين شهدوا بوجود التسليم قبل ظهور الفرقة فكانهما الزماه جميع المهر وحين
شهد الاخران بالفرقة قبل التسليم مضافا الى الزوج فكانهما الزماه نصف المهر فيجب ضمان
ذلك عند الرجوع عليهم لانهم حالوا بينه وبين المهر بشهادتهم فكانهم غصبوه منه فلهذا كان احد
الفريقين النصف والفريق الاخر الكل ولو رجع شاهدا الدخول وحدهما ضمنا ربع المهر لان النصف
الذي اختص شهود الدخول بالزامه بقي فيه احدهما على الشهادة وببقائه يبقى نصف ذلك
النصف وفي النصف الاخر قد بقي على الشهادة حجة تامة ولو رجع شاهدا الطلاق وحدهما
لم يضمنا شيئا لان في النصف الذي لزم بشهادة شهود الطلاق قد بقي على الشهادة حجة
كاملة ولو كان شهود الطلاق هم الذين رجعوا لم يضمنوا شيئا لانه بقي على الشهادة
بجميع المهر حجة تامة وهم شهود الدخول ولو رجعت امراة من شهود الطلاق وامراة من شهود
الدخول فعلى الراجعة ربع ذلك النصف ولا شئ على الراجعة من شهود الطلاق لانه بقي
على الشهادة في ذلك حجة كاملة بعد رجوعها ولو شهد شاهدان على رجل انه تزوج امراة على الف
ومهر مثلها خمسمائة والزوج يجحده وشهد اخران انه طلقها قبل الدخول فقضى بذلك ثم
رجعوا فعلى شاهدي النكاح مائتان وخمسون وعلى شاهدي الطلاق مائتان وخمسون
لان ما زاد على الخمسمائة الى الالف الزمه شهود العقد بغير عوض وقد سقط نصف
ذلك بالطلاق قبل الدخول وبقي النصف فيغرمان ذلك وشهود الطلاق كانهما الزماه نصف
ذلك النصف بمنعهما العلة المسقطة من ان يعمل عملها فيضمنان ذلك ولو شهد الاخران
ايضا بالدخول والزمه القاضي الف درهم ثم رجعوا فعلى شاهدي النكاح الخمسمائة
الفاضلة على مهر المثل لما ذكرنا تبقى الخمسمائة الاخرى شاهدا الدخول وشاهدا الطلاق
فيلزمه ارباعه على شاهدي الدخول وربعه على شاهدي الطلاق بمنزلة جميع المسمى في المسئلة
المتقدمة ولو شهد رجلان على الطلاق ورجلان على الدخول ثم رجع شاهدا الطلاق
واحد شاهدي الدخول ضمنوا جميعا نصف المهر على شاهدي الدخول من ذلك نصفه والنصف

الباقي

٢٥

الباقي عليهم اثلاثا لان في النصف الذي لزمه بشهادة شاهد الدخول خاصة بقي احدهما
على الشهادة فيبقى الحجة في نصف ذلك النصف ببقائه ويغرم الراجع منهما نصف ذلك
النصف وفي النصف الباقي بقي نصفه ايضا ببقائه على الشهادة وانما انعدمت الحجة
في نصف ذلك النصف وقد كان بشهادتهم جميعا فعند الرجوع يجب الضمان عليهم ولو
شهد شاهدان على الطلاق وشاهدان على الدخول ولم يكن سمى لها مهرا فقضى بذلك ثم
رجعوا ضمن شاهدا الطلاق نصف المتعة وشاهدا الدخول بقية المهر لان المتعة في
نكاح لا تسمية فيه كنصف المسمى في نكاح فيه تسمية وقد بينا ان هناك شهود الطلاق
يغرمون ربع المسمى فكذلك يغرمون نصف المتعة وما زاد على ذلك الى تمام مهر المثل
ثابت بشهادة شهود الدخول فيغرمون ذلك عند الرجوع ولو شهدا على امراة انها
اختلعت من زوجها قبل ان يدخل بها على ان ابرأته من المهر والزوج يدعي وهي تجحد
فقضى بذلك ثم رجعا غرما لها نصف المهر لانه لولا شهادتهما لكان لها جميع المهر لان
الفرقة وقعت باقرار الزوج بعد الدخول فيضمنان ذلك كشاهدي الابراء في سائر
الديون ولو ادعى على امراة انه تزوجها على مائة وقالت تزوجتني على الف وذلك مهر مثلها
فاقام الزوج شاهدين على ما ادعى وقضى بذلك وقد دخل بها ثم رجعا ضمنا لها تسعمائة في
قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله عليهما ولم يضمنا شيئا في قول ابي يوسف وهو بناء على مسئلة
كتاب النكاح في اختلاف الزوجين في المهر فعندهما القول قولها الى مهر مثلها وعنده القول
قوله ولولا شهادتهما لكان يقضي لها عليه بالالف فهما اتلفا عليها مقدار تسعمائة فيضمنان
ذلك وعنده القول قوله فهما لم يتلفا عليها شيئا ولهذا يتبين ان الصحيح في حد المستنكر
عنده ان يدعي الزوج دون العشرة اما اذا ادعى نقصانا ناكسرا عن مهر المثل فالقول قوله كما
شرح في هذه المسئلة ولو طلقها قبل الدخول لم يضمنا لها شيئا بالاتفاق لان القول قوله بعد
الطلاق كما ذكر في كتاب النكاح وذكر في بعض نسخ الاصل يضمنان لها اربع مائة وخمسين
درهما وهذا اصح فهو بناء على ما ذكر في الجامع من تحكيم المتعة بعد الطلاق وعندهما
وتاويله ان يكون متعتها خمسين درهما فقد اتلفا عليه ما زاد على الخمسين وذلك اربع مائة
وخمسون فيضمنان لها ذلك وكذلك ان كانت لم يتفق بالنكاح لم يضمنا لها شيئا لانهما
ما اتلفا عليها شيئا من المال انما اتلفا عليها ملك البضع بشهادتهما وقد بينا ان البضع
لا يتقوم على غير المتملك رجل له عبد يساوي الف درهم فادعى انه باعه من فلان بالفي
درهم وانكر المشتري ذلك فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي بالبيع ولا يدري حال العبد
وانكر

ابن هو او حي او ميت وشهد اثنان اخران ان المشتري قبض العبد فقضى للبايع على المشتري
بالثمن وهو الالفان ثم رجعوا جميعا فان شاء المشتري ضمن الثمن شاهدي القبض وابرا
شاهدي البيع وان شاء ضمن شاهدي البيع الفا قيمة العبد ويرجع على شاهدي القبض
بالفين ليسلم له الفضل ذلك ويرد على شاهدي البيع الفا وكذا لو قضى بالشهادتين معا
ولو قضى بشهادتهما شهود القبض اولا ثم شهد شهود البيع بالبيع وانه كان قبل البيع
فقضى به ثم رجعوا ضمن شهود القبض الفا وشهود البيع الفا ولا يرجع احد على احد فكان
الجواب في البيع والقبض كالجواب في النكاح والدخول لان الثمن يجب بالعقد ويتاكد بالقبض
كما ان المهر يجب بالعقد ويتاكد بالدخول فالعبد هنا بمنزلة المراة ثمة والثمن هنا بمنزلة المسمى
والقيمة هنا بمنزلة مهر المثل ثمة ويتمكن هنا من اختلاف الروايات ما ذكرنا في النكاح
ولو علم ان العبد مات ولا يدرى في يد من مات فشهد شاهدان بالبيع بالفي درهم وشهد
اخران انه قبض ومات في يده وقضى به ثم رجعوا ضمن شهود القبض جميع الثمن ولا تضمن شهود
البيع شيا وكذا لو قضى بالشهادتين معا ولو قضى بشهود القبض اولا بالف درهم ثم قضى
بشهادة شهود البيع غرم شهود القبض الفا وشهود البيع الفا ولا يرجع احد على احد
والجواب فيه كالجواب في النكاح والدخول بعد ظهور ردة المراة لان الموت مسقط للثمن كما
ان الردة مسقطة للمهر اذا كان لرجل عبد قيمته الف درهم في رمضان فشهد عليه شاهدان
في شوال ان المولى كان اعتقه في رمضان وقيمته يوم الشهادة الفا درهم فلم يزك الشهود حتى
صارت قيمته ثلثة الاف درهم ثم عدلا وقضى القاضي بالعتق ثم رجعا فانهما يضمنان ثلثة
الاف درهم وانما ينظر الى قيمته يوم القضاء لان الضمان انما وجب عليهما بالاتلاف وانما ظهر
الاتلاف بقضاء القاضي لان الشهادة قبل القضاء ليست بحجة وقد اقر العبد قبل
القضاء كان رقيقا في الظاهر وصدقهما المولى بذلك وانما يخرج عن ملكه بالقضاء وهذه
المسئلة تدل على ان العتق ينفذ بشهادة الزور مقتضى القضاء وفي المبسوط لو شهد
رجلان على رجل انه اعتق عبده عام اول في اول يوم من رمضان فقضى به ثم رجعا وضمنا
القيمة للمولى ولم يضمنا حتى شهد شاهدان انه اعتقه عام اول في شوال لا يقبل شهادتهما
شهادتهما لانه حكم بعتقه بشهادة الاولين في اول يوم من رمضان الا ترى ان حكمه في ذلك
الوقت في جزاء جناياته وحدوده وغير ذلك حكم الاحرار فالفريق الثاني انما شهدوا
بعتق من هو محكوم بحريته وانه لغو وعلى الاولين قيمته يوم اعتقه القاضي وكذا لو شهدا
على عبد لرجل مولاه انه قد ابيه حر ولدانه لهذا الرجل وانكر المولى ويوم شهدا هو عبد شاب

فقضى

فقضى به ثم رجعا ضمنا قيمته يوم القضاء لانهما اتلفا عليه ماليته فيه يومئذ
ولو شهدا عليه انه اعتق عبده عام اول في رمضان فقضى به ثم رجعا ثم شهد اخران
انه اعتقه اول يوم من رمضان اول من عام الاول فان شهادة الاخرين مقبولة ولا ضمان
على الاولين عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اما عند ابي حنيفة رحمه الله لا تقبل شهادة
الفريق الثاني لان من اصله ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى ولا مدعي لما
شهد به الفريق الثاني لان العبد محكوم بحريته فلا يمكنه ان يدعي والفريق الاول لا يصح
منهم الدعوى لان كلامهم متناقض اما عندهما الشهادة مقبولة من غير دعوى
فتقبل شهادة الفريق الثاني عتقه في وقت سابق على الوقت الذي شهد به الفريق
الاول فتبين انهما شهدا بانه اعتق حرا فيسقط الضمان عنهما علا وقضى اذا كانت
شهادة الفريق الثاني بالعتق بعد وقت العتق الاول حتى قالوا اذا كان هناك من يدعي حريته
في وقت سابق على الوقت الذي شهد به الفريق الاول بان كان يدعي عليه جناية وقضا
في الطرف يقبل شهادة الفريق الثاني ويسقط الضمان عن الفريق الاول لوجود المدعي
ولو شهدوا عليه انه طلق امراته عام اول في رمضان قبل ان يدخل بها فقضى القاضي
به والزمه نصف المهر ثم رجعا فضمنهما القاضي نصف المهر ثم شهد شاهدان انه طلقها
عام اول في شوال قبل ان يدخل بها لم تقبل شهادتهما ولم ينتفع به الاولان لانها صارت
مطلقة بقضاء القاضي في وقت سابق فانما شهدا بطلاق من هي اجنبية في الحكم فكان
لغوا ولو اقر الزوج بذلك عند القاضي لم يكن على الشاهدين ضمان ورد عليهما ما كانا
ضمنا وكذا لو اقر المولى في العتق لانه باقراره زعم ان تلف المالية عليه ويقرر نصف
الصداق كان بسبب الطلاق والعتاق لا بشهادتهما واقراره حجة عليه فتبين ان الشهود
ما اتلفوا عليه شيا بخلاف البينة فانها لا يكون حجة الا بالقضاء والقاضي لا يقضي لما
قلنا ولو شهد الفريق الثاني بالطلاق في وقت متقدم على الوقت الذي شهد به الفريق
الاول قبلت لان الشهادة على الطلاق تقبل حسبة من غير دعوى فتبين بهذه الشهادة
ان الفريق الاول ما اكدا عليه شيا من الصداق فيسقط الضمان عنهما ٥ والله اعلم

باب من الشهادة والرجوع عن ذلك

الفصل الاول في بيان ان الشهود اذا اختلفوا في مقدار المشهود به ولم يتفقوا على مقدار منهما
لفظا كما اذا شهد احدهما على درهم والاخر على درهمين او احدهما على الف والاخر على الفين
او شهد احدهما على تطليقة والاخر على تطليقتين او احدهما على تطليقة او تطليقتين

والآخر على ثلاث لا تقبل شهادتهما اصلا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما في المال تقبل على
الاقل اذا كان المدعي يدعي الاكثر وان كان المدعي يدعي الاقل فان وفق تقبل والا فلا وفي الطلاق
يقضى بالاقل بكل حال ادعت المراة او لم يدع لان الدعوى فيه ليس بشرط وقول ابن ابي ليلى
مثل قولهما لان المعتبر اتفاق الشاهدين في المعنى دون اللفظ حتى لو شهد احدهما بالهبة
والآخر بالنحل تقبل وقد اتفق الشاهدان على الاقل لان الاقل موجود في الاكثر فصار
كما لو شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الاكثر او شهد احدهما على
تطليقة بائنة والآخر على تطليقة رجعية فانه يقضى بالرجعية او شهد احدهما على تطليقة
والآخر على واحدة وواحدة او احدهما انه طلقها واحدة والآخر انه طلقها واحدة وعشرين
او واحدة ونصفا او شهد احدهما انه قال لها انت طالق والآخر انه قال لها انت طالق وطالق
او شهد احدهما انه طلقها والآخر انه طلقها وضرتها تقبل على الاقل وعلى طلاقها لاتفاق
الشاهدين عليه ولان الموافقة كما يراعى بين الشاهدين يراعى بين الدعوى والشهادة ثم لو
ادعى الفين وشهد شاهدان بالف تقبل بالاتفاق فكذا اذا شهد احدهما بالالف والآخر
بالفين ينبغي ان تقبل على الاقل ولابي حنيفة رحمه الله ان اختلف الشاهدان في المشهود
به لفظا ومعنى فلا تقبل كما لو شهد احدهما انه قال لها انت خلية والآخر انه قال لها انت
برية وانما قلنا ذلك لان احدهما شهد بالواحد والآخر بثنتين او ثلاث والواحد
اصل العدد لا تركيب فيها والثنتان والثلاث اسم لعدد مركب وكانت المغايرة بينهما
على سبيل المضادة ومن حيث اللفظ الواحد اسم للمفرد والجمع دال عليه ان مدعي الاثنين
او الثلاث لا يكون مقرا بالواحد اذ لو كان مقرا بالواحد لكان مرتدا بالشرك بعد
ذلك فينبغي ان لا يقبل ولان التطليقتين اسم واحد والتطليقة كذلك وبزيادة حرف يتغير
الاسم كما تقول زيد وزياد ونصر وناصر وكذلك في الالف والالفين واذا ثبتت
المغايرة كان على كل واحد من الامرين شاهد واحد فلا يمكن القاضي من القضاء بشيء بخلاف الالف
مع الالف وخمسمائة فانهما اسمان احدهما معطوف على الآخر وكذا في واحد وواحد وعشرين
وواحد ونصف فحصل الاتفاق بينهما لفظا ومعنى وكذا في قوله طالق وطالق وفلانة وفلانة
وهذا بخلاف الدعوى مع الشهادة فان الاتفاق هناك في اللفظ ليس بشرط فاما بين الشاهدين
الاتفاق في اللفظ شرط الا ترى انه لو ادعى الغصب او القتل وشهد شاهدان بالاقرار به
تقبل ولو شهد احدهما بالغصب والآخر بالاقرار به لا يقبل وهذا لان الشهادة يعتمد اللفظ
الا ترى انها لا تقبل ما لم يقل اشهد والذي يظهر مذهبهم ما ذكرنا انه لو شهد شاهدان
بتطليقة

تطليقة وشاهدان بثلاث وفرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف
الصداق على شاهدي الثلث ولو اعتبر ما قالوا ان الواحد يوجد في الثلث لكان الضمان
عليهم بخلاف ما اذا شهد احدهما بالبائنة والآخر بالرجعية لان الطلاق اذا قرن بالعدد
كان العامل هو العدد فكان كل واحد منهما شاهدا بالوقوع بلفظ آخر وهنا وان الحق الصفة
بالطلاق فوقوع الطلاق يكون بلفظ الطلاق لا بوقوع الطلاق يكون بلفظ الطلاق وقد اتفق
الشاهدان عليه لفظا ثم صحة ان يصفه بالبينونة لا يتغير اصل الطلاق الا ترى ان بمضي المدة
ينقلب الرجعي بائنا فاما بانضمام الثاني والثالث يتغير حكم اصل الطلاق وقولهم اتفقا
على الاقل فليس كذلك لان الاقل انما يصير مذكورا بذكر الاكثر ضرورة صحة الاكثر ولم يثبت لانه
ثبت في ضمن الاكثر فثبت على وجهه وقد بطل الاكثر فيثبت في كل الاقل بصفة البطلان ايضا وعلى
هذا الخلاف اذا شهد احدهما بعشرة والآخر بخمسة عشر او احد عشر لانه اسم واحد وعشرين
وهذا اذا كان الاقرار بما يليق منكرين في مجلس واحد في مجلس واحد يكون اقرارا بمال واحد اتفق
العدد او اختلف لكن اذا اختلف يدخل الاقل في الاكثر وان كانا في مجلسين او مجالس فعند
ابي حنيفة وابي يوسف الاول يكون اقرارا بمالين ان اتفق العدد او اختلف وعند ابي يوسف الآخر
ومحمد رحمهما الله يكون اقرارا بمال واحد اذا عرفنا هذا في الاقرار فكذا في الاشهاد على الاقرار ان
اقر واشهد على اقراره شاهدين ثم اقر واشهد شاهدين في مجلس واحد لزمه مال واحد وان
كانا في مجلسين فعلى الاختلاف الذي قلنا وان اقر واشهد ثم اقر واشهد على كل اقرار شاهدا
واحدا بالاتفاق وكانا في مجلس او مجلسين وجه قولهما ان الاقرار خبر وهو مما يكرر ويكون الثاني
عين الاول لان المخبر به بالتكرار لا يصير شيئين فلا يلزمه بالتكرار شيء آخر بل القصد من التكرار
ان يؤكده بالزيادة في الشهود والاشهاد بين الناس فانصرف الثاني الى الاول اثباتا
حقيقة او بدلالة العرف الا ترى ان الاقرارين لو كانا في مجلس واحد لم يلزمه الا مال واحد
وكذا لو كان اشهد على كل اقرار شاهدا واحدا ولم يشهد على واحد منهما للاقرارين لم
يلزمه الا مال واحد وكذا لو ادار صكا على الشهود واقر به عند كل فريق منهم او عرفنا المال
بالاضافة الى سبب واحد واقر بالمائة واشهد شاهدين ثم قدمه الى القاضي فاقر
به عنده لا يلزمه الا مال واحد ولا يجعل اقراره الآخر اقرارا مبتدأ ولابي حنيفة
يقول كما انه كلامه منكرا والمنكر اذا اعيد منكرا كان الثاني غير الاول قال
الله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا واليسر الثاني غير الاول حتى قال ابن
عباس رضي الله عنه لن يغلب عسر يسرين فصار بمنزلة ما لو كتب لكل واحد صكا على حدة

واشهد على كل صك شاهدين وهذا لان كلام العاقل مهما امكن حمله على الافادة لا يحمل على التكرار
والاعادة فاذا صار المال الاول مستحكما بشهادة شاهدين فلو حملنا اقراره الثاني على ذلك
كان تكرارا غير مفيد ولو حملناه على مال آخر كان مفيدا وهذا لان ظاهر كلامه في المجلس
الثاني في الابتداء لا للبناء والمال جرت ان العباد يرجعون المال وقتا بعد وقت و
واقر بالمال واشهد على ذلك شاهدين ثم اقر في مجلس آخر واشهد شاهدين والظاهر
ان الثاني غير الاول بخلاف ما اذا اشهد على شاهدا واحدا لان بالشاهد الواحد المال لا يصير
مستحكما ولم يقع الاستغناء عن الاعادة فما بعد اعادته استحكاما استحكام المال باتمام
الحجة وكذا اذا شهد فاسقين ثم اشهد عدلين لانه لم يقع الاستغناء عن الاعادة لانه لا يحتاج
الى اشهاد من يقضي بشهادته اذا جحد وكذا لو اقر به ثانيا بين يدي القاضي لان فائدة
الاعادة اسقاط مونة الاثبات بالبينة عن المدعي ولان المقصود مختلف لان الاشهاد لامكان الاثبات
عند القاضي والاقرار عند القاضي لاجل القضاء والتزامه الاداء فكان اخبارا عنه وهذا لان
المدعاه في تلك المادة فاعادته يجعل معرفا لا منكرا والمنكر اذا اعيد معرفا كان الثاني هو
الاول قال الله تعالى انا ارسلنا الى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول ومثله فيما اذا دار الصك
على الشهود لان الاقرار هنا كان معرفا بالمال الثابت في الصك والمنكر اذا المعرف اذا
اعيد معرفا كان الثاني عين الاول وكذا اذا اضاف الى سبب واحد وقوله القصد التاكيد
والاشهاد وتكثير الشهود قلنا ذاك بالعرف اذا شهد مع الصك لانه يكتب للوثيقة والاحتياط
ويشهدون عليه اما بدون الصك فلا فاما اذا كان الاقرار في مجلس واحد واشهد على كل اقرار
شاهدين في القياس على قول ابي حنيفة رحمه الله يلزمه مالان وهو رواية الكرخي رحمه الله عنه
لكنه استحسن فقال المجلس يؤثر في جمع الكلمات المتفرقة وجعلها في حكم كلام واحد
كما في تكرار آية السجدة والايجاب والقبول الا ترى ان الاقرار بالزنا اربع مرات في مجلس
واحد جعل في حكم اقرار واحد بخلاف ما اذا اختلف المجلس على هذا اذا اقر بمائة في مجلس
واشهد شاهدين ثم بمائتين واشهد شاهدين في مجلس آخر او بمائتين ثم بمائة عند ابي
حنيفة يلزمه المالان وعندهما يدخل الاقل في الاكثر فيلزمه الاكثر فرق ابو يوسف رحمه الله
بين هذا وبينما اذا كان له عبيد فاقر بعتق احدهم منكرا ثم اقر بمثل ذلك في مجلس آخر
عتق عبد واحد لان الكثير في الباب ان الاقرار بالعتق ما سار اقرارا مبتدا منه لكن
هذا لا يلزمه شي لانه جمع بين حر وعبد وقال احدكما حر اما هنا اذا جعل هذا
اقرارا مبتدا منه يلزمه مال آخر والباب مبني على قولهما فان عند ابي حنيفة رحمه الله لا يقبل الشهادة

خمسة

في مسايل الباب فلا بد من تفريع الرجوع اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل ادعى على رجل
مائة درهم واحضر خمس نفر من الشهود عند القاضي فشهد شاهد منهم بدرهم واخر بدرهمين
واخر بثلثة واخر باربعة واخر بخمسة لا تقبل هذه الشهادة عند ابي حنيفة رحمه الله لاختلافهم
في المقدار لفظا وعندهما تقبل على اربعة دراهم ويقضي بها اذا قال الشهود ان ذلك كله
في مجلس واحد وتاويله اذا شهدوا على اقرار المدعى عليه بذلك حتى يتحد المجلس وانما يقضي باربعة
عندهما لان الرابع والخامس اجتمعا على الاربعة لانها بعض الخمسة فاما الدرهم الخامس فلم يثبت
عليه الا الخامس ولا يقضي بشهادة الواحد بشي فان قضي بذلك ثم رجعوا فانه يضمن كل واحد
منهم ما قضي بشهادته فنقول الدرهم الواحد عليهم اخماسا لانه ثبت بشهادتهم لاتفاق الكل
عليه والدرهم الثاني على الاربعة ارباعا ليس على الاول والثاني شي لانهما لم يشهدا عليه
والدرهم الرابع على الرابع والخامس نصفين لانه ثبت بشهادتهما وليس على الثلاثة الباقية
شي لانهم لم يشهدوا عليه هذا اذا زعموا انه كان في مجالس مختلفة فعند ابي يوسف الاخر ومحمد
رحمهما الله هو ما لو اتحد ايضا فيقضي باربعة لان الاقرار في موضع واحد وفي موضع عندهما
نص عليه في آخر الباب فان رجعوا كان الجواب كما قلنا واما عند ابي يوسف الاول كانت الاقوال
مختلفة كما ذكرنا فيقضي بتسعة دراهم لان الاربعة شهد بها الرابع والخامس فيقضي بالاربعة
بشهادتهما ولا يقضي بشهادة الشاهد باربعة بعد ذلك لان جميع ما شهد به صار مقضيا
به والدرهمان شهد بهما الثاني والثالث فيقضي بدرهمين بشهادتهما ولا يقضي بشهادة الشاهد
بدرهمين بعد ذلك لان جميع ما شهد به صار مقضيا به فصار ستة والدرهم الواحد ثبت
بشهادة الشاهد بدرهم والشاهد بثلثة والشاهد بخمسة فيقضي الى الشاهد بدرهم الشاهد
بثلثة والشاهد بخمسة ولم يضم اليه الشاهد باربعة ولا الشاهد بدرهمين لان جميع ما
شهد به الشاهد بثلثة والشاهد بخمسة لم يصر مقضيا به مجازا ان يعتبر شهادتهما في
الباقي اما الشاهد باربعة والشاهد بدرهمين يصير مقضيا به فلا يعتبر شهادتهما
في الباقي فان قضي بذلك ثم رجعوا قال يضمن الشاهد بخمسة درهمان وثلث درهم والشاهد
بدرهم ثلث درهم اما الشاهد بخمسة فلان الاربعة ثبتت بشهادته وشهادة الشاهد
باربعة فكان النصف بشهادته درهمين والدرهم الواحد ثبت بشهادته وشهادة الشاهد
بثلثة وشهادة الشاهد بدرهم فكان الثلث بشهادته ثلث ذلك الدرهم فيضم ذلك ايضا فيصير
درهمين وثلث واما الشاهد باربعة فلان الاربعة ثبتت بشهادته وشهادة الشاهد بخمسة
فيغرم نصفها واما الثالث فيغرم درهما وثلثا فلانه ثبت الدرهمان بشهادة الثاني والثالث فيضمن

الثالث نصفه والدرهم الواحد ثبت بشهادته وسهام الخامس والاول فيغرم ثلثه واما الثاني

نضمن درهما لانه لم تثبت بشهادته سوى الدرهمين مع الثالث فيضمن نصفه والاول يضمن ثلث درهم

لما قلنا فان قيل اذا انصرف الاقرار الى الاموال المختلفة وجب ان لا نضم بعض الشهود

الى البعض قيل له هذا هكذا ان لو شهد على كل اقرار شاهدان لان كل اقرار ثبت بحجة تامة

فيتعدد ضرورة وهنا شهد على كل اقرار شاهد واحد فلا بد من الضم ليتم الحجة واذا ضم جعله

يصير اقرارا بمال آخر بعد ان اجتمع على كل اقرار شاهدان والله اعلم

كتاب الطلاق

باب من الامر الذي يجعل في يد غيره

ما يجوز ان يجعله في يد غيره او لا يجوز من الطلاق والعتاق والبيع وغيرها اصل الباب

ان ما كان تمليكا وتفويضا تقتصر على المجلس وما كان توكيلا لا تقتصر على ما ذكرنا في الايمان وحرف

اخر ان مطلق الكلام يحمل على المعتقد وعلى ما عليه استعمال الناس وعاداتهم عند تعذر

العمل بالحقيقة لان الكلام دليل على مراد المتكلم فاذا كانوا يستعملونه لغرض كان مطلقه دليلا

على ذلك الغرض فيجب الحمل عليه فمتى ذكر على وجه التبرك وافتتاح الكلام يحمل عليه ومتى

ذكر على وجه الشرط يجعل شرطا وما كان استثناء بلفظة ان شاء الله فهو لابطال الكلام اذا

عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل قال لآخر امر امرأتي بيد الله وبيدك يريد به الطلاق او قال

جعلت امرها بيد الله وبيدك فطلقها المخاطب وقع الطلاق وانما يحتاج الى النية لانه من جملة

الكنايات لانه يحتمل الامر باليد في حق الطلاق ويحتمل الامر باليد في حق غيره من النفقة

والكسوة وغير ذلك فلا بد من النية ليتعين الطلاق فان ملكه بهذا اللفظ ما هو مملوك له

فيصح ويلزم حتى لا يملك الرجوع عنه اعتبارا بايقاع الطلاق وان نوى بالامر ثلثا صح

حتى اذا طلقها يقع الثلاث لانه تفويض الامر اليه وهو يحتمل العموم والخصوص بخلاف

قوله اختاري لانه امر بالفعل فلا يحتمل معنى العموم وان لم ينو الثلاث فهي واحدة بائنة

وتقتصر على المجلس لانه تمليك بجوابه تقتصر على المجلس فان قيل لو كان تمليكا وجب ان يخرج

عن ملكه حتى يصير ملكا له كما في الاعيان لانا نقول هذا تمليك التصرف ليستعمل منه

والتمليك قد يكون للتصرف وقد يكون لمحل التصرف وهذا تمليك التصرف فيملك كل واحد

منهما وهذا لان تمليكا التصرف لم يبطل المقتضي لولاية التصرف له فيبقى الولاية بخلاف تمليك

محل التصرف لبطلان المقتضي للولاية والاطلاق بخلاف التوكيل لانه انابة وليس بتمليك

لان اللفظ لا ينبئ عنه فاعتبرنا حقيقة اللفظ فيهما وانما قلنا انه يقع الطلاق بايقاعه

لان

ثلاثا صح

ذلك [illegible]

لان هذا تفويض الطلاق الى المخاطب خاصة فيتفرد بالايقاع وانما قلنا لان ذكر الله تعالى يراد

به التبرك والافتتاح باسمه لا المشاركة بين العبد وبين الله تعالى قصدا فكانه قال امر

امرأتي ببركة الله او باسم الله بيدك لان مثل هذا اللفظ يذكر للتبرك كما في قوله تعالى يسألونك

عن الانفال قل الانفال لله والرسول وقال الله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه

وللرسول وقال عليه السلام اغزوا بسم الله وفي سبيل الله وهذا لانه لا يمكن حمله على

التمليك لان التمليك من الله تعالى لا يتحقق ولا يمكن حمله على التعليق بمشيئة الله تعالى لانه لا

نوقف عليها فكان للتبرك على هذا معاني كلام الناس واستعمالهم بخلاف ما لو قال امر

امرأتي بيد فلان وبيدك فانه لا يقع بايقاع المخاطب وحده لانه يراد به التمليك والتفويض

اليهما في العرف لان التمليك والتفويض من فلان يتحقق من فلان كما يتحقق من المخاطب وقد

ذكرنا ان المعتبر في هذا معاني كلام الناس وكذا لو قال امر عبدي هذا في البيع بيد الله

وبيدك فباع الرجل جاز فان قال وكذلك هذا في العتق والخلع والاجارة والطلاق على مال والعتاق

على مال فهو كله سواء يتفرد به المخاطب الا ان في الطلاق والعتاق على مال او بغير مال

تقتصر على المجلس وفي البيع والاجارة لا تقتصر لان الصيغة صيغة التمليك وامكن اعتبار

التمليك في الطلاق والعتاق لان الزوج والمولى يملكان ذلك ولهذا يتفرد الزوج بالطلاق

والمولى بالاعتاق وان كانا لا يتفردان اذا كان بعوض لكن المعتبر هو الاصل والتمليك

تقتصر على المجلس اما في البيع والاجارة وان كانت الصيغة صيغة التمليك الا انه لا يمكن اعتبار

معنى التمليك لانه ليس بمالك للبيع والاجارة لانه لا يتم به وحده بل يتوقف على قبول غيره

واذا لم يملك بنفسه كيف يملك غيره فاعتبر توكيلا والتوكيل لا تقتصر على المجلس فان

قيل كما ان البيع والاجارة لا يتم الا بقبول الغير فالعتق والطلاق على مال متوقف على قبول

الغير ولا يتم به قلنا المقصود هو الطلاق والعتاق وانه يتم به والمال تبع وكانت الجيرة

للمقصود لا للتبع بخلاف البيع والاجارة لان المقصود هو التمليك والبدل على ان الطلاق على

مال قد يتفرد به المفوض اليه بان يطلقها بمال على نفسه لان اشتراط بدل الطلاق على غيرها

جائز على انه ان لم يتفرد بالتنجيز يتفرد بالتعليق بان يعلق عتقه او طلاقها على مال في

المجلس بخلاف البيع والاجارة لانه لا يتم به ولا يقبل التعليق ولو قال لغيره امر امرأتي بيدي

وبيدك لا يتفرد المخاطب بالايقاع ولو طلقها لا يقع الطلاق الا ان يجيز الزوج وكذلك العتق

والبيع والاجارة والسرى فرق بين هذا وبين قوله بيد الله وبيدك الفرق ان قوله بيدي لا يمكن

حمله على انشاء التمليك لانه مالكه قبله ولا يمكن حمله على التبرك بالخبر عن مالكيته لانه

وشيئته لم يقع [illegible] طالق [illegible]

[illegible] اذا قال جعلت امرها بيدي وبيدك [illegible]

لا التبرك به عالي فوجب حمله على التعليق بمشيته ومشيئة فلان لأن التمليك يحتمل
التعليق بالمشيئة فإن كل من آخر شيئا كان معلقا ذلك التصرف بمشيئته ولهذا لو قال
لغيره بعت منك هذا العبد إن شئت فقبل يصح البيع فإذا كان تعليقا للطلاق بمشيئته
ومشيئة فلان فما لم توجد مشيئتهما لا يقع كما لو علق صريحا بمشيئته ومشيئة فلان
إلا أن مشيئة فلان يعتبر في المجلس لأنه تمليك وأمكن اعتبار معنى التمليك فيقتصر
على المجلس ما في حقه لا يمكن اعتبار معنى التمليك فاعتبر شرطا محضا فلا يقتصر أما في
قوله بيد الله يمكن حمله على التبرك بالخبر عن مالكيه الله تعالى وهو المتعارف فإن
الناس لا يريدون بذكر اسم الله تعالى بالخبر عن مالكيته إلا التبرك فوجب الحمل عليه فصار
كأنه قال بسم الله أمر امرأتي بيد فلان فلا يحمل على التعليق بالمشيئة بل تمليكا من فلان
فإذا أتى به يقع ولأنه ما فوض إليه جميع الأمر وإنما فوض إليه بعض الأمر لأنه جعل الأمر
إليه وإلى نفسه أيضا ويجوز أن يقع المشاركة بينهما لأن يده من جنس يده هذا كمن أرسل
كلبه إلى صيد فأعانه سبع أو كلب مجوسي لا يحل كله لأنه وقعت المشاركة بينهما لما
أن فعل كلب المجوسي والسبع من جنس فعله ولو أعانه مجوسي يحل كله لأنه لم تقع المشاركة
بينهما لما أن فعل المجوسي ليس من جنس فعله فإن قيل الأمر كان بيد الزوج قبل
التفويض فينبغي أن يجعل ذكر يده لغوا من الكلام حتى لا يقع المشاركة بينهما قلنا بلى
لكن الزوج لم يأذن له بأن يطلقها بغير تدبيره فإذا طلقها بغير تدبيره لا يقع فإنما يقع
المشاركة بينهما من هذا الوجه ولو قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله أو شاء فلان
لم يطلق إذا شاء فلان وكذا لو قال طلق امرأتي إن شاء الله وشئت فطلقها لا يقع وكذلك
البيع وسائر التصرفات فرق بين هذا وبين قوله أمر امرأتي بيد الله وبيد فلان والفرق
أن هذا صريح في التعليق والتعليق بمشيئة الله تعالى صحيح لأن التصرف إذا وجد يظهر أن الله تعالى
شاءه فإذا كان صحيحا تعلق بمشيئة الله تعالى ومشيئة فلان فلا ينفرد فلان بالمشيئة
أما في مسألة أول الباب لم يوجد التصريح بالتعليق لكنه تمليك ويحتمل معنى التعليق بالمشيئة
ويحتمل التبرك بافتتاح الكلام بذكر اسم الله تعالى والخبر عن مالكيته وهذا هو المستعمل عادة
فوجب حمل المطلق عليه ولأن الطلاق تعلق بمشيئة الله تعالى ومشيئته ولم يظهر لنا مشيئة الله
تعالى فصار استثناء يوجب تعطيل الكلام وقال عليه السلام من حلف وقال إن شاء الله فقد
استثنى والاستثناء يبطل الكلام والناس في العرف يريدون به الاستثناء والتعطيل فإذا
تعطل الكلام لم يصح قوله إن شئت لأن ما قبله قد تعطل ولو قال لرجل طلق امرأتي ما شاء الله

وشئت

لكن منه صح

فشاءت الطلاق
وكذا لو قال أنت
إن شاء الله صح

تعلق صح

وشئت وطلقها الرجل لا يقع قال محمد رحمه الله في الأصل لأن هذا يستعمل للاستثناء بيانه
أن قوله طلق امرأتي ما شاء الله وشئت معناه طلق امرأتي العدد الذي شاء الله وشئت لأن ما
يستعمل في العدد وذلك مجهول لأن مشيئة الله تعالى لا يعرف ومشيئته وجد لا يقع وهذا لأنه
أضاف المشيئة إلى الطلاق لأن ما يستعمل في الاستثناء فصار الطلاق معلقا بمشيئة الله
تعالى فيصير التفويض معلقا بمشيئة الله تعالى ضرورة فلا يثبت التفويض لأن مشيئة الله
تعالى لا يوقف عليها فرق بين هذا وبينها إذا قال طلق امرأتي بما شاء الله وشئت فطلق الرجل
بمال جاز والفرق أن هنا المشيئة دخلت في العدد من الطلاق ولا يدري أن الله تعالى أي عدد
شاء الواحد أم المثنى أم الثلاث أم ما شاء شيئا أصلا فلا يقع أما في تلك المسئلة المشيئة
دخلت على البدل لا على أصل الطلاق فصار مفوضا أصل الطلاق إليه بغير مشيئة هنا كما قال
أبو حنيفة رحمه الله في قوله كيف شئت طلقت في الحال واحدة رجعية لأن المشيئة دخلت
على وصف الطلاق فبقي الأصل بلا مشيئة فوقع رجل قال لآخر طلق امرأتي بما شاء الله وشئت من
المال أو أعتق عبدي بما شاء الله وشئت من المال أو بع عبدي بما شاء الله وشئت فطلق
أو أعتق أو باع بمال جاز لأن المشيئة هنا دخلت على البدل لا على أصل الطلاق والبيع فصار
مفوضا إليه الطلاق والبيع بغير مشيئة فإذا أتى به يقع فإن قيل المشيئة إذا دخلت في
البدل كان هذا تعليق تقدير البدل بمشيئة الله تعالى وفلان فإذا قدره فلان وجب أن لا
يقع قبل مشيئة الله تعالى إذا دخل في البدل لا يراد بها تعليق قدر البدل بمشيئة الله
تعالى وإنما يذكر في العرف للتيسير على الوكيل أي بما يسر الله تعالى وبما قدر الله تعالى وبما
قضى الله تعالى وبما رزق الله تعالى فصار تصريحا بذلك ولو نص على هذا جاز بيعه ولأن المشيئة
إذا دخلت في البدل بطل البدل وبقي الأمر بالبيع وكذا العتاق والكتابة والإجارة بما
رأى من المال ولو قال لغيره طلق امرأتي ما شئت أنت وشئت أنا فطلقها لا يقع حتى
يشاء الزوج لأنه لم يرض برأيه خاصة ولو قال لامرأته أنت طالق إن شئت وأنا أو شاء فلان
لا يقع الطلاق حتى شاءا جميعا لأنه علق الطلاق بمشيئتهما فلا يقع إلا بهما وكذلك العتاق
والبيع والشراء وجميع الأشياء ولو قال لرجل طلق امرأتي بما شئت أنت وشئت أنا
من المال فطلقها المخاطب بمال ولم يجز الزوج ذلك فهو باطل وكذا البيع والشراء والإجارة
والكتابة والعتاق وفرق من هذا وبين قوله بما شاء الله لأن في العرف إذا قال بما شئت
أنت وشئت أنا يراد به التضييق على الوكيل حتى لا ينفرد بالرأي في تقدير البدل إلا التيسير
فحمل مطلق اللفظ عليه وفي مشيئة الله تعالى يراد التوسع والتيسير فحمل كل واحد منهما على ما يتعارفه

أنت طالق صح

ومشـ

كانـ

أوما

الناس هو المرجع في جميع ما ذكرنا العرف ومعاني كلام الناس ولو قال لامرأته انت طالق ان شاء الله وفلان
وفلان غايب لا يدري احي هو او ميت او فلان ميت علم بموته ذلك لم تطلق عندنا وقال ابن
ابي ليلى رحمه الله هي طالق لانه لا يتحقق مشية فلان بعد موته فاشتراط مشية فلان بعد موته
يكون لغوا فيبقى اصل الايقاع ولكنا نقول التعليق بشرط لا كون له يكون للنفي من الاصل فيخرج
به كلامه من ان يكون ايقاعا وهذا لان التعليق بالشرط يخرج كلامه من ان يكون ايقاعا
الى ان يوجد الشرط واذا كان مما لا يتحقق كونه يخرج كلامه من ان يكون ايقاعا اصلا ولو
قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ان شاء الله فدخلت لم تطلق عندنا وابن ابي ليلى
ايضا لقوله عليه السلام من حلف بطلاق او عتاق واستثنى فلا حنث عليه ولان الاستثناء
الموصول يخرج الكلام من ان يكون عزيمة قال الله تعالى ستجدني ان شاء الله صابرا ولم يصبر
ولم يعاتب على ذلك والوعد من الانبياء عليهم السلام كالعهد من غيرهم ولو قال انت طالق ان شاء
الله ولم يقل ان دخلت الدار وكذلك عندنا وعند ابن ابي ليلى رحمه الله تقع وكذا العتاق لان
الاستثناء عنده انما يعمل في اليمين بالطلاق والعتاق وقوله انت طالق او انت حر ليس
بيمين ثم قوله ان شاء الله في مثل هذا انما يراد به التحقق ولا يراد به التعليق لانه ذكر وصف
فيليق به معنى التحقق ولا يليق به معنى التعليق لكنا نقول تاثير قوله ان شاء الله في اخراج
من ان يكون عزيمة والايقاع في هذا والتعليق سوا والاصل فيه قوله تعالى ولا تقولن لشيء اني فاعل
ذلك غدا الا ان يشاء الله وفي اختلاف زفر ويعقوب اذا جعل طلاق امرأته الى رجل غايب فطلقها
الغايب قبل ان يعلم بالتفويض اليه لم تقع عند ابي يوسف رحمه الله لان حكم الخطاب لا يثبت
في حقه ما لم يعلم به الا ترى انه لو كان قال له طلقها ان شئت كان له مجلس علمه فما لم يعلم لا يبطل
بقيامه لكن زفر رحمه الله يقول الموقع للطلاق مغير لا يلحقه في ذلك عهدة وانما يتوقف حكم
الخطاب في حقه على علمه لدفع الضرر عنه ولا ضرر عليه هنا فيقع بايقاعه والله اعلم

باب من الطلاق الذي يقع بالوقت وما

لا يقع وما يقع منه جميعا وما لا يقع اصلا الباب ان كلمة كل متى دخلت على نكرة غير موصوفة
ان كانت بجملتها غاية معلومة تتناول الكل لانها كلمة احاطة وتعميم فيعم الكل على سبيل الانفراد
ولانه ضد البعض والبعض عبارة عن الجزء فالكل يجب ان يجعل عبارة عن جميع الاجزاء
ما امكن وان لم يكن لجملتها غاية معلومة ينصرف الى الواحد لان كلمة كل تتناول الكل واحدا
بانفراده كان ليس معه غيره وهذا لان الواحد جزء الجنس كل الجنس من وجه والجنس كله واحد

والواحد

والواحد كل على ما ذكرنا في الباب الثاني من الايمان بخلاف قوله كل امرأة اتزوجها فهي طالق حيث
ينصرف الى جميع نساء العالم وان لم يكن لجملته غاية معلومة لان كلمة كل لم يتناول النكرة وانما
تناولت المرأة الموصوفة بصفة التزوج وجملة النسوة الموصوفة بالتزوج ليس لهن غاية معلومة
فانصرفت اليها ثم عند ابي حنيفة رحمه الله تزول الجهالة بالتسمية وعندهما بها وبالاشارة اصله
ما ذكر في البيوع اذا نظر الى رمة او عدل زطي او جراب هروي او قطيع غنم وقال بعتك كل
واحد من هذا بكذا ولم يسم جملتها فالعقد فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما جايز
في الكل وكذا لو قال بعتك هذا الثوب كل ذراع بدرهم عند ابي حنيفة لا يجوز اصلا وعندهما
يجوز في الكل ولو سمى فقال بعتك هذه الاغنام وهي عشرة كل شاة بكذا وهذا الثوب وهو
عشر اذرع كل ذراع بدرهم جاز بالاجماع للعلم بالمعقود عليه والثمن وكذا لو بين الثمن دون
المعقود عليه بان قال بعتك هذا الثوب بعشرة كل ذراع بدرهم واجمعوا على انه لو اجر داره
كل شهر بدرهم لزم العقد في شهر واحد واذا كفل بنفقة امرأة عن الزوج زوجها كل شهر فانما يلزمه
ذلك في شهر واحد الا اذا سمى وقال اجرتك هذه الدار سنة كل شهر بدرهم او كفلت بنفقتك
ما دمت زوجة له كل شهر كذا يجوز في جميع المدة والفرق لهما ان في البيع جملته معلومة بالاشارة
والعقد تناول الكل كما لو كان معلوما بالتسمية لان الاشارة ابلغ في التعريف وثمن كل واحد
معلوم والجهالة التي في جملة الثمن لا تفضي الى المنازعة لانها تعلم بالعد كما لو باع عبدا بوزن
هذا الحجر ذهبا بخلاف الاجارة والكفالة لانه ليس فيهما ما يوجب التعريف فبقيت داخلة
في المنكر معنا ولا يتناول الا الواحد ولابي حنيفة رحمه الله ان جميع ما يلزمه من الثمن مجهول وجهالة الثمن تمنع
الجواز كما لو باع ثوبا برقمه وهو لا يعلمه وفصل الحجر ممنوع وفرق ابو حنيفة رحمه الله بين
هذه المسايل وبينما اذا اشترى صبرة كل قفيز بدرهم فانه يجوز البيع في قفيز واحد والفرق ما
ما ذكرنا ان كلمة كل تتناول الادنى اذا اضيفت الى النكرة الا ان بيع ذراع من الثوب وشاة
من القطيع لا يجوز للتفاوت بينهما عادة فكان المبيع مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة وبيع قفيز
من صبرة يجوز لانه لا يتفاوت فلا يفضي الى المنازعة وفي ابواب الفاظ لا بد من معرفة معانيها
منها كلمة مع وهي للقران يقول جاني زيد مع عمرو يفيد اقترانهما في المجي وكلمة بعد وهي للتعقيب
يقول جاني زيد بعد عمرو يفيد تعقيب مجي زيد مجي عمرو وكلمة قبل وهي للتقدم يقول جاني
زيد قبل عمرو يفيد تقدم مجي زيد مجي عمرو وكلمة في وهي للظرفية لكن اذا اضيفت الى الفعل
يراد بها المقارنة لانها تستعار مكان كلمة مع على ما ذكرنا في الايمان وهذه الحروف اذا ذكرت
مع الكناية او بدونها فان ذكرت مع الكناية يكون صفة للمذكور آخرا يقول جاني زيد

قبله بعمره يكون القبلية صفة لعمرو وان ذكرت بغير الكناية يكون صفة للمذكور اولا وحرف
اخا ان الطلاق او العتاق اذا اضيف الى الوقت او الفعل يتعلق بوجوده لانه مما يحلف به ويقبل
التعليق بالشرط والاضافة اما الوقت او الفعل اذا اضيف الى الطلاق لا يتعلق به ويلغوا
ويتنجز الطلاق لان الوقت والفعل مما لا يحلف به ولا يقبل التعليق بالشرط فيلغوا ذكر
ونفي الطلاق مرسلا وهذا لان الاضافة لتعريف المضاف لا لتعريف المضاف اليه والوقت كان
معلوم وقته فلا يصح اضافته خلاف الطلاق واذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل قال لامراته
انت طالق تطليقة مع كل تطليقة طلقت ثلاثا ان دخل بها او لم يدخل لان كلمة كل للعموم وكل
التطليقة الثلاث ومع للقران فصار مطلقا مع الثلاث مقارنا له لكن الطلاق لا يزيد على
الثلاث ولان كل اضيف الى المنكر من الطلاق وله غاية معلومة وهي الثلاث شرعا والكل
الا ترى انه لو قال انت طالق كل تطليقة يقع الثلاث فكان موقعا مع كل تطليقة تطليقة فينبغي
ان يقع شيئا الا ان المحل لا يحتمله وكذا انت طالق مع كل تطليقة او قال انت مع كل تطليقة
طالق او قال انت مع كل تطليقة طالق تطليقة لما قلنا وصار هذا بمنزلة ما لو قال لعبده انت
حر مع كل عبد لي او انت مع كل عبد لي حر عتق هو وكل عبيده وكذا لو قال لامراته انت طالق مع كل
امراة لي او انت مع كل امراة لي طالق وله اربع نسوة طلقن جميعا لان كلمة كل في المسائل كلها
دخلت على نكرة لها غاية معلومة شرعا والكل ثم قال محمد رحمه الله وهذا اذا لم يكن له نية
اما اذا كانت له نية فهو على ما نوى يريد به اذا نوى بقوله مع كل تطليقة تطليقة واحدة او
نوى بقوله مع كل عبد لي عبدا واحدا لان هذا ارادة الخاص من العام والعام يحتمل الخصوص
ولانه يحتمل انه اراد به اجزاء التطليقة ٥ ولو قال لغيره لك علي درهم مع كل درهم او قال
لك علي مع كل درهم درهم يلزمه درهمان لان الدراهم ليس لها غاية معلومة فلا يعمل فيها كلمة كل
فانصرفت الى الجنس واسم الجنس يتناول الواحد فيلزمه الدرهم الذي يلفظ به ودرهم آخر
بقوله مع كل درهم فيصير كانه قال لك علي درهم مع درهم بخلاف الطلاق لان له غاية معلومة
فيعمل فيه كلمة كل فيل فيه الغا كلمة كل وانه لا يجوز قلنا لا يلغى بل يعملها في الدرهم الواحد
يعني لك علي درهم مع كل درهم آخر او ان كان يلغو لكن اذا لم يمكن الجارية لا بد من الغاية ولو نظر
الى عشرة دراهم وقال لفلان علي مع كل درهم من هذه الدراهم درهم او قال لك علي درهم مع كل
درهم من هذه الدراهم لزمه عشرون درهما لان كلمة كل دخلت على جملة لها غاية معلومة وهي
العشرة فصار مقدرا بالعشرة المشار اليها مع كل درهم منها درهم آخر فرق بين هذا وبينما
اذا قال لامراته انت طالق مع كل امراة لي وله اربع نسوة تطلق هذه المراة واحدة ويجب ان تطلق
ثلثا

لو قال صح

ثلثا يعدد ثنايه كما لزمه بعدد الدراهم المشار اليها وفي الحقيقة لا فرق لانا المطلقة
المشار اليها وكانت معينة ولم يكن منكرا وفي الدراهم لو كان معينا بان نظر الى عشرة
دراهم وقال لفلان علي مع كل درهم من هذه الدراهم هذه الدراهم لزمه احد عشر درهما
اما في مسئلتنا الدراهم منكر فلهذا تقدر بعدد تلك الدراهم ولو قال لفلان علي كل درهم
من الدراهم كان عليه ثلثة دراهم عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وفي قياس قول ابي حنيفة
يلزمه عشرة بناء على ما ذكرنا في الايمان ان عندهما ينصرف الى اقل الجمع ان لم يكن هناك معهود
لانه متيقن فينصرف مطلق الجمع اليه بخلاف الايام والشهور لان لهما معهودا وعند ابي حنيفة
رحمه الله ينصرف الى ما ينتهي اليه اسم الدراهم وهي العشرة فان بعدها يقال احد عشر
درهما فرق بين هذه المسئلة وبينما اذا قال لفلان علي مع كل درهم درهم فانه يلزمه درهمان وهنا
قال يلزمه ثلثة او عشرة والفرق ان ثمه اوجب على نفسه درهما مع كل درهم وليس لكل درهم
غاية معلومة فانصرف الى الواحد ضرورة اما هنا اوجب على نفسه كل درهم من الدراهم التي
هي جمع وللجمع غاية معلومة ادناها الثلثة عندهما والعشرة عند ابي حنيفة رحمه الله فانصرف
المطلق اليه وفرق ابو حنيفة رحمه الله بين هذا وبينما لو قال لفلان علي دراهم يلزمه ثلثة لان
الجمع المتفق عليه ثلثة والاقرار ايجاب لا ايقاع بل استيجاب فيكون بمنزلة الوصية في انه يوجد
بالاقل مما يلفظ به اذا ذكره منكرا وهنا ذكره معرفا فيقتضي استغراق جنس الجمع وهو ما
ينتهي اليه اسم الجمع وذلك عشرة ولو قال علي دريهمات يلزمه ثلثة لانه تصغير جمع الدراهم
والتصغير قد يكون بنقص الوزن فيجب ثلثة دراهم وزن سبعة كما ذكر بدون التصغير وكذا لو
قال علي فليس وقفيز او رطيل فهو وقوله فلس وقفيز ورطل سواء ولو قال لك علي درهم درهم
يلزمه درهم واحد لانه كرر اللفظ الاول والتكرار لا يوجب التغاير اذا لم يتخلل بينهما حرف
العطف بخلاف ما اذا تخلل الواو ولان المعطوف غير المعطوف عليه ولو قال درهم بدرهم
فعليه درهم واحد لان الباء يصحب الاعواض فكان معناه بدرهم استقرضته منه او بدرهم
اشتريته منه ولو قال علي درهم على درهم يلزمه درهم واحد لانه كرر كلامه الاول وهذا لان الاقرار
خبر والخبر تكرر ويكون الثاني هو الاول قال الله تعالى اولى لك فاولى ثم اولى لك فاولى وكذا لو
قال علي درهم على درهم لانه اقر بدرهم موضوع على درهم وبهذا لا يزداد الواجب ولو قال
له علي كل درهم يلزمه درهم لانه ليس له غاية معلومة فانصرف الى الادنى ولو قال لامراته
انت طالق كل تطليقة طلقت ثلثا لانها دخلت على منكر له غاية معلومة فرق بين هذا وبينما
لو قال انت طالق كل التطليقة حيث لم يطلق الا واحدة والفرق ان في المسئلة الاولى ذكر التطليقة

مثلا بكلمة كل وكان تغير الاول والتطليقة المنكر اذا دخل عليها كلمة كل تحمل على الغاية
المعلومة وهو الثلاث اما في المسئلة الثانية ذكر التطليقة مع اللام واللام للتعريف
العهد المعهود الذي سبق ذكره وهي التي انتظمه قوله انت طالق ثلثا ولكن ذلك الواحد
بجميع اجزايه فصار كانه قال انت طالق التطليقة التي انتظمه قول انت طالق فيقع واحدة
مثال الاول قول القايل رايت كل دار يقتضي رؤية كل الدور ومثال الثاني قوله رايت كل الدار
ثنا ولروية دار واحد بجميع اجزايها ولو قال انت طالق بعد كل تطليقة او قال انت طالق
تطليقة بعد كل تطليقة هنا ست مسايل احدها هذه والثانية قوله انت طالق تطليقة
بعدها كل تطليقة والثالثة قوله قبل كل تطليقة والرابعة قوله قبلها كل تطليقة والخامسة
قوله مع كل تطليقة والسادسة قوله معها كل تطليقة وقد ذكر محمد رحمه الله المسايل كلها في
المبسوط والجامع الصغير لكنه وضعها في الواحدة يعني واحدة بعد واحدة او بعدها واحدة
لا اوضع وهنا وضعها بكلمة كل في المسايل كلها ووقع الثلاث اذا كانت مدخولا بها لانه ما لم
يقع الثلاث لا يبطل التحليل اما اذا لم يكن مدخولا بها ففي المسئلة الاولى يقع الثلاث لان التعليق
صفة للمذكور اولا لانه ذكر بعد الكناية فكان صفة للمذكور اولا كما في قوله جاني زيد بعد
عمرو فاذا صار بعد صفة هذه الواحدة صار موقعا الطلقة الواحدة متاخرة عن الكلام
الثلاث فاذا لم يوقع الثلاث قبل الواحدة ولا يمكن ايقاع الثلاث في الزمان الماضي للحال
ليقع فيصح قوله انت طالق بعد كل تطليقة يصير موقعا الواحدة مقارنا للثلاث لانه
ان تعذر العمل بالتاخير لم يتعذر العمل بترك السبق والمتقارن ليس بسابق ولا متاخر
فاذا قارنه وقع الثلاث ومعناه بعد ثلاث وقعت عليك فالحاصل انه اوقع تطليقة في الحال
واخبر انه يقدم على هذه التطليقة ثلاث تطليقات وايقاع الثلاث في الحال صحيح والاضافة
الى زمان ماض باطلة كما اذا قال انت طالق امس يقع في الحال لان من ضرورة الاسناد الوقوع
في الحال وهو غير مالك للاسناد مالك للايقاع فرق بين هذا وبينما اذا قال بعدها كل تطليقة
حيث تطلق واحدة والفرق ان قوله بعدها صفة للمذكور آخرا لانه موصول بالكناية يقول
جاني زيد بعده عمرو كان مجي زيد قبل عمرو فصار موقعا الثلاث بعد هذه الواحدة وقد
بانت بهذه الواحدة لا الى عدة فلا يقع الثلاث بعدها ولو قال انت طالق تطليقة قبلها كل
تطليقة طلقت ثلثا لان قبلها صفة للمذكور آخرا لانه موصول كما في قوله جاني زيد قبله عمرو
فصار موقعا الثلاث متقدما على الواحدة فاذا لم يسبقه ايقاع الثلاث ولا يمكن ايقاع
ايقاع الثلاث في الحال في ذلك الزمان صار موقعا الثلاث مقارنا للواحدة فصار القبل

مع الهاء كالبعد بلا هاء في الحكم فرق بين هذا وبينما اذا قال انت طالق قبل كل تطليقة
حيث طلقت واحدة لان قوله قبل صفة المذكور اولا لانه غير موصول بالكناية كما يقال
جاني زيد قبل عمرو فصار موقعا الواحدة في الحال سابقا على ايقاع الثلاث
وقد بانت بالواحدة لا الى عدة فيلغو الثلاث فصار القبل بلا هاء كالبعد مع
الهاء في الحكم ولو قال مع كل تطليقة او معها كل تطليقة يقع الثلاث لانه للقران
فكان موقعا اربع تطليقات فبانت بثلاث وكذا لو قال ثنتين مع واحدة او معها
واحدة كانه قال انت طالق ثلاثا ولو قال له علي درهم مع درهم او معه درهم يلزمه
درهمان لانه للقران فيستوي ضم الاول الى الثاني والثاني الى الاول فيصير مقرا بهما ولو
قال درهم قبل درهم يلزمه درهم واحد لانه نعت للمذكور اولا فكانه قال قبل درهم
آخر يجب علي ولو قال قبله درهم فعليه درهمان لانه نعت للمذكور آخرا اي قبله درهم قد
وجب علي ولو قال درهم بعد درهم او بعده درهم يلزمه درهمان لان معناه بعد درهم قد
وجب او بعده درهم قد وجب لا يفهم من الكلام الا هذا وكذا لو سمى اصلا دينارا او
قفيز حنطة وفي قوله بعده درهم الاقرار مخالف للطلاق قبل الدخول لان الطلاق بعد الطلاق
لا يقع والدرهم بعد الدرهم يجب دينا وكذا لو قال درهم ودرهم لان الواو للعطف ولو
قال درهم فدرهم يلزمه درهمان عندنا وعند الشافعي لا يلزمه الا درهم واحد لان الفاء ليس
للعطف فلا يثبت به الاشتراك بل معنى قوله فدرهم اي فعلي ذلك الدرهم لكنا نقول
الفاء للوصل والتعقيب فيقتضي جعل الثاني موصولا بالاول ولا يتحقق هذا الوصل الا بوجوبهما
وكان هذا الوصل بمعنى العطف وكذلك التعقيب يتحقق في الوجوب بينهما ان كان لا
يتحقق في الواجب وكان معنى كلامه ان وجوب الثاني بعد الاول وفي هذا عمل بحقيقة كلامه
فهو اولى من الاضمار الذي ذكره لان الاضمار في الكلام للحاجة ولا حاجة هنا ولو قال له علي
درهم ثم درهمان لزمه ثلثة دراهم لان كلمة ثم للتعقيب مع التراخي والتعقيب في الوجوب بين
المذكورين يتحقق وان كان لا يتحقق في الواجب فصار مقرا بهما على ان وجوب الدرهمين عليه
كان بعد وجوب الدرهم فيلزمه ثلثة رجل قال لامراته انت طالق تطليقة بعد يوم الاضحى لم تطلق
حتى يمضي يوم الاضحى لانه اضاف الطلاق الى وقت صحيح واذا صح اقتضى وجود الوقت في
المستقبل لان الوقت في معنى الشرط تقتضي وجود الشرط فكذا الطلاق المضاف الى الوقت
فما لم يمض يوم الاضحى لا يقع ولو قال بعدها يوم الاضحى طلقت للحال لانه جعل بعد صفة لليوم
الاضحى ومتى وقع الطلاق للحال كان بعدها يوم الاضحى ولانه عرف الاضحى بالطلاق والاضحى يعرف بنفسه

يبطل تعريفه بالطلاق ويبقى قوله انت طالق ولو قال انت طالق قبل يوم الاضحى طلقت للحال لانه
جعل القبلية صفة للطلاق واذا طلقت للحال كان سابقا على يوم الاضحى ولو قال انت طالق قبلها
يوم الاضحى طلقت في الحال لانه ذكرها مع الهاء فيصير صفة للمذكور اخرا وجعل القبلية
صفة ليوم الاضحى واضافة الوقت الى الطلاق لغو ولان الهاء كناية عن الطلاق ولا يصح الكناية
عنه الا بعد الوقوع فيبقى قوله انت طالق ولو قال مع يوم الاضحى طلقت حين يطلع الفجر
من يوم الاضحى لان مع للقران فصار موقعا للطلاق مقارنا ليوم الاضحى ولا يعتبر ان ما هو
تطلع الفجر من يوم الاضحى فصار مضيفا الطلاق الى يوم الاضحى ولو قال معها يوم الاضحى
طلقت ساعة قال لان مع دخل على الوقت لانه ذكره مع الهاء واضافة الوقت الى الطلاق لا
يصح لان الوقت مما لا يحلف به بخلاف اضافة الطلاق الى الوقت واذا لم يصح الاضافة بقي الطلاق
مرسلا ولو قال انت طالق واحدة في دخولك الدار لم تطلق حتى تدخل لانه ذكره في بغير اظهار الكناية
فصار مضيفا للطلاق وكلمة في للظرف فقد جعل الطلاق مظروفا للدخول والطلاق لا يصلح
مظروفا للدخول يصلح مقارنا له فصار موقعا للطلاق ومقارنا له فصار مضيفا الطلاق الى
وقت الدخول فيصح ويقع ولان الدخول فعل والفعل لا يصلح ظرفا للطلاق فيجعل مجازا عن الشرط
بمعنى على ومع على ما ذكرنا في الايمان ولو قال انت طالق واحدة فيها دخولك الدار طلقت حين تكلم
لانه اضاف الدخول الى الطلاق لانه ذكره مع الهاء فيكون صفة للمذكور اخرا فصار مضيفا الدخول
الى الطلاق فلغت الاضافة وبقي الطلاق مرسلا ولان الطلاق لا يصلح ظرفا للدخول ولا شرطا فبطل
كلمة الظرف وبقي قوله انت طالق ولو قال تطليقة تقع عليك غدا طلقت حين يطلع الفجر من الغد ولو
قال تطليقة لا تقع عليك الا غدا طلقت حين تكلم والفرق ان في المسئلة الاولى وصف الطلاق
بما يصلح وصفا له لانه اضاف الطلاق الى الغد واضافة الطلاق الى الوقت صحيح فيتأخر الوقوع اليه
وفي المسئلة الثانية وصف الطلاق بما لا يصلح وصفا له لان الطلاق اذا وقع يعدم الوقوع لا يصلح
وصفا له فلغا قوله لا تقع عليك الا غدا فبقي الايقاع للحال ولان الطلاق قد يقع في غد ولا يقع في
غير غد ولا يتصور ان يكون واقعا في غد ولا يكون واقعا في غير غد وبعده فصار قوله لا يقع الا في غد
لغوا فاصلا بين الطلاق والغد فيقع للحال ولانه اوقع الطلاق ثم رجع فالايقاع صحيح والرجوع باطل
كما لو قال انت طالق اليوم لا بل غدا ولو قال هكذا تقع من ساعته وعلى هذا لو قال انت طالق تطليقة تقع عليك
في دخولك الدار طلقت حين تدخل ولو قال تطليقة لا تقع عليك الا في دخولك الدار طلقت ساعة تكلم
لما قلنا وان قال انت طالق ما لا يجوز عليك من الطلاق وما لا يقع عليك فهي طالق واحدة رجعية
لان اخر كلامه لغو فانه ليس فيما يملكه الزوج عليها طلاق موصوف كما ذكر وكذا لو قال انت طالق ثلثا

لا تقع عليك او ثلاثا لا تجوز عليك فهي طالق ثلثا لما قلنا والله اعلم بالصواب

باب من الطلاق الذي يوقعه قبل

النكاح فيقع بعد النكاح والذي لا يقع واصل الباب ان تعليق الطلاق بالشرط يوجب تاخير
الطلاق الى غاية وجود الشرط ولا يوجب تغييره بل اذا وقع عند وجود الشرط يقع على الوصف
الذي يقع منجزا لان الوقوع يكون بالايقاع وهو قوله انت طالق وهذا لا يوجب التغيير الا انه في التنجيز
يصير موقعا في الحال واثر التعليق في التاخير لا في التغيير وعرفنا ان الطلاق متى اضيف
الى وقت قابل للطلاق فانه يتعلق به كما اذا اضيف الى فعل واذا اضيف الى وقت لا يقبله يلغو
فلو انه اضيف الى وقت لا يقبله وعلق بشرط يتصور وقوع الطلاق عنده فان كان التعليق سابقا
وصح التعليق لا يعمل ذكر الوقت بعده لانه يريد ابطال التعليق بعد صحته وهو غير مقدور له وان
كانت الاضافة سابقة يعمل التعليق في ابطال الاضافة ويتعلق بالشرط لانه تصحيح الاول وقد
ذكرنا هذا في الباب الثالث من الايمان وبعض مسائل الباب مذكور ثمة اذا عرفنا هذا قال محمد
رحمه الله اذا قال الرجل لامرأة لا يملكها انت طالق اذا تزوجتك قبل ان اتزوجك ثم تزوجها طلقت وقوله
قبل ان اتزوجك لغو من الكلام لان قوله انت طالق اذا تزوجتك تعليق طلاقها بالتزوج وتعليق طلاق
الاجنبية بالنكاح صحيح فصح التعليق فبعد تمام التعليق قوله قبل ان اتزوجك لا يصح لان ما تعلق
بالشرط لا يصح الا بعده لا بقوله قبل ان اتزوجك يريد ابطال التعليق وهو ابطال الطلاق المعلق بالشرط
بعد تمام التعليق فلا يصح وبقي قوله انت طالق اذا تزوجتك وصار بمنزلة ما لو قال لامرأته انت طالق
ان دخلت الدار قبل ان يدخلها تعلق الطلاق بالدخول وبطل قوله قبل ان يدخلها او قال انت طالق
اذا جاء غد قبل ذلك فان الطلاق يقع بمجيء غد ويلغو قوله قبل ذلك ولانه ذكر في كلامه ما يستقيم
وما يستحيل فاضافة الطلاق الى النكاح صحيحة واضافته اليها قبل النكاح مستحيلة فصح
ما يستقيم وبطل ما يستحيل وصار كانه قال انت طالق قبل ان اتزوجك وكذا لو قال انت طالق
قبل ان اتزوجك اذا تزوجتك او قال انت طالق الساعة اذا تزوجتك لان قوله انت طالق قبل
ان اتزوجك ايقاع للحال لانه زمان ما قبل التزوج والقبلية على الفعل لا يقتضي وجود الفعل بعد لا محالة
حتى يكون هذا قبله ولهذا لو قال لاجنبية انت طالق قبل ان اتزوجك يلغو لانه ايقاع للحال
فاذا قال في اخره اذا تزوجتك فقد اخر الايقاع اليها بعد التزوج فصار ايقاعا بعد الشرط بحيث
لولا الشرط لكان ايقاعا في الحال الا ترى انه لو قال انت طالق اذا تزوجتك يصير ايقاعا بعد التزوج
ولو قال انت طالق اليوم اذا تزوجتك يكون ايقاعا قبل التزوج للحال ثم بتأخر صيرورته ايقاعا
اليها بعد التزوج فكذلك هذا ومتى تعلق الطلاق بالتزوج نزل بعده وكذا لو قال انت طالق الساعة

انت طالق ثم
قبله منهم

اذا تزوجتك لان قوله انت طالق الساعة ايقاع للحال لولا الشرط فاذا ذكر الشرط صار ايقاعا بعد
التزوج فيتعلق بحال التزوج وكذا لو قال انت طالق قبل ان تخلقي اذا تزوجتك لما قلنا ولان قوله انت
طالق قبل ان اتزوجك اضافة الطلاق الى وقت لا تقبله فقوله اذا تزوجتك قصد تصحيح الكلام
وتعليق الطلاق بالتزوج فيصح فان قيل كيف يمكن تعليق الطلاق بالتزوج وقد ذكر بينه وبين التزوج
كلاما لغوا وهو قوله قبل ان اتزوجك قلنا هذا ليس بلغو بل هو تصريح بما انتظمه تعليق الطلاق
بالتزوج لان معناه انها في الحال او قبل النكاح موصوفة بكونها طالقة قبل التزوج وحمله عليه تصحيحا
لكلامه دل عليه ما ذكرنا انه لو قال لمنكوحته انت طالق الساعة اذا دخلت الدار او قال انت طالق
قبل ان تدخل الدار يتعلق الطلاق ولا يصير قوله الساعة وقبل ان يدخلها فاصلا لانه ليس بلغو كلامه بل
صحيح وهنا لو جعل فاصلا يلغو الا ترى انه لو قال لامراته انت طالق واحدة ان دخلت الدار او رجعية
ان دخلت الدار لا يصير فاصلا ولا يمنع التعلق لان قوله واحدة او رجعية تصريح بما انتظمه صدر
الكلام لا يكون لغوا ولو قال اذا تزوجتك فانت طالق قبل ان اتزوجك فتزوجها لا يقع شيء عند محمد رحمه الله
وقيل هو قول ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف يقع وهذا وما تقدم سواء وهي المسئلة التي ذكرناها
في الباب الثالث من الايمان من غير خلاف وهناك ذكرنا اختلاف المشايخ رحمهم الله وجه
قوله انه لما قال اذا تزوجتك فانت طالق صح التعليق لوجود الشرط والجزاء ولا فرق في الايمان بين تقدم
الشرط او الجزاء ولو تقدم الجزاء يصح لما ذكرنا فقوله قبل ان اتزوجك يريد ابطال التعليق بعد
صحته فلا يصح الابطال كما لو اخره وهي المسئلة المتقدمة والمتقدم والمتاخر في هذا سواء واذا
استويا ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان الشرط المتقدم لا يبطل بالوقت والمتاخر يبطل الا ترى انه
لو قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق غدا يعتبر الغد حتى لو دخلت الدار لا يقع الطلاق ما لم
يوجد الغد ولو قال انت طالق غدا ان دخلت الدار يبطل ذكر الغد ويتعلق الطلاق بالدخول والفقه فيه
وهو ان الشرط اذا ذكر اولا كان الشرط عاملا في ابتداء الايقاع فانه ما اتى بصيغة الايقاع ابتداء
الا بعد الشرط فعند الشرط يعتبر الايقاع بوصفه فيعتبر الوقت اذا لم يرد عليه دليل مبطل
فصار كانه تكلم عند الشرط فاما اذا ذكر الشرط اخرا فالشرط يقتضي تاخر الايقاع عما قبله الى
وقت الشرط فاذا تاخر الايقاع بطل الايقاع للحال والوقت صفة له فيبطل الوقت ضرورة واذا
ثبت هذا فنقول اذا ذكر الشرط اولا لم يوجد ما يبطل الوقت فبقي الوقت معتبرا فصار ناسا عند
الشرط بالايقاع في الوقت كانه قال عند التزوج انت طالق قبل ان اتزوجك او قبل ان تخلقي ولو قال
هكذا لا يقع اما اذا اخر الشرط فالشرط ابطل الايقاع للحال والوقت فبقي مطلق الطلاق متعلقا
بالتزوج فاذا تزوجها صار ناسا بالايقاع مطلقا فيقع ولان في المسئلة الاولى اضاف الطلاق الى

النكاح

النكاح فصار كانه قال وقت التزوج انت طالق الساعة قبل ان اتزوجك ولو قال هكذا يقع من
ساعته هذا المعنى معدوم هنا لان هنا علق الطلاق بالنكاح والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط
ويصير كالمتكلم به عنده فكانه فصار كانه قال عند التزوج انت طالق قبل ان اتزوجك ولو قال
هكذا لا يقع وما قال ابو يوسف لا يستقيم لانه لو تعلق الطلاق بالتزوج وصح التعليق فهنا
لم يقع لان الجزاء اذا تخلل بين الشرطين او بين الشرط والاضافة الى الوقت يجعل الشرط الاول
شرطا لانعقاد اليمين على ما ذكرنا في الايمان في قوله اذا تزوجتك فانت طالق ان كلمت فلانا يجعل
التزوج شرطا لتعليق الطلاق بالكلام اذا ثبت هذا فنقول قوله فانت طالق قبل ان اتزوجك يمين
بالحل والطلاق قبله لا طلاق قبل الحل فقد جعل التزوج شرطا لانعقاد يمين بالحل ولو وقوع طلاق
بالحل فيبطل بخلاف مسئلة اول الباب لان ثمة الجزاء متقدم فيتعلق بالشرط الاول وهو التزوج وبعد
ما تعلق وصح التعليق لا يبطل بما ذكر بعده بخلاف ما لو قال لامراته اذا دخلت الدار فانت طالق
قبل ان تدخلها حيث يتعلق ولا يقع قبله لانه علق بالدخول طلاقا صحيحا فان طلاق المنكوحة
قبل دخول الدار صحيح فاذا علق ذلك الطلاق بدخول الدار يصح ويتعلق بخلاف طلاق الاجنبية
لانه طلاق قبل الحل فلا يتعلق ولانه علق الطلاق بالفعل فصار كانه قال عند الفعل انت طالق قبل
ذلك ولو اضاف طلاق المنكوحة الى زمان ماض طلقت في الحال بخلاف ما اذا اضاف طلاق الاجنبية الى زمان
قبل نكاحها كما لو قال لها انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لا يقع شيء ولو قال انت طالق اذا تزوجتك
قبل ان تخلقي او قبل ان اخلق او قال انت طالق قبل ان تخلقي اذا تزوجتك يقع الطلاق اذا تزوجها
لانه اضاف الطلاق الى النكاح والى ما قبله والاضافة الى النكاح جائزة والى ما قبله باطلة لما ذكرنا
ولو قال اذا تزوجتك فانت طالق قبل ان تخلقي يجب ان يكون على الخلاف وان لم ينص محمد رحمه الله
على الخلاف فانه وقوله اذا تزوجتك فانت طالق قبل ان اتزوجك سواء والله اعلم

باب من الطلاق الذي يقع منه واحد

في الاوقات وما يقع به الثلاث ونظائره من الايمان اصل الباب ان ايقاع الطلاق مضافا الى وقت
منكر لا يوجب تكرار الوقوع بتكرار الوقت لان حكم الايقاع الوقوع والمراة متى وصفت بالطالقية
في زمان وصفت بذلك في ساير الازمان فلا يثبت التكرار الا بدليل زايد على اصل الايقاع ثم الزايد
الموجب للتكرار قد يكون من حيث الصريح ومن حيث الظاهر فنبدا بهذا قال محمد رحمه الله رجل قال لامراته
انت طالق كل يوم ولا نية له تقع تطليقة واحدة لان قوله انت طالق ايقاع تطليقة واحدة ولهذا
لو اقتصر عليه لا يقع الا واحدة فلا يتكرر بقوله كل يوم لان المطلقة في يوم مطلقة في كل يوم فلم يوجد ما
يوجب التكرار وقال زفر رحمه الله تطلق ثلاثا في ثلاثة ايام لان قوله انت طالق ايقاع وكلمة كل يجمع

الاسما فقد جعل نفسه موقعا الطلاق عليها في كل يوم وذلك يتجدد الوقوع حتى تطلق ثلثا الا ترى انه لو قال انت طالق في كل يوم طلقت ثلاثا في كل يوم واحدة ولكنا نقول صيغة كلامه وصف لان طالق اسم المراة ولهذا لا تعارضه نية الثلاث فقد وصفها بالطلاق في كل يوم وهي بالتطليقة الواحدة تتصف به في الايام كلها وانما جعلنا كلامه ايقاعا ضرورة صحة الوصف وتحقيقه وهذه الضرورة ترتفع بالواحدة الا انه لو قال ابدا لا تقع الا واحدة بخلاف قوله في كل يوم لان كلمة في للظرف والزمان ظرف للطلاق من حيث الوقوع فيه فما يكون اليوم ظرفا له لا يصلح الغد ظرفا له فيتجدد الايقاع لتحقيق ما اقتضاه حرف في ولانه جعل كل يوم ظرفا على حدة لطالق فيتعدد الظرف بتعدد المظروف ضرورة اما في مسئلتنا جعل الايام كلها ظرفا واحدا واذا اتحد الظرف اتحد المظروف ويدل على الفرق بينهما انه لو لم يقع كل يوم تطليقة لا يلغو شي من كلامه وهنا لو لم تقع يلغو كلمة في وفي قوله كل يوم ان نوى ان يقع كل تطليقة اخرى يصدق وتطلق ثلثا لانه نوى محتمل كلامه باضمار كلمة في او باضمار التطليقة لما يذكر وفيه تشديد عليه فيصدق ولانه يحتمل دوام الواقع ويحتمل دوام الوقوع في كل يوم تطليقة فكان المنوي محتمل لفظه فيصح وكذا لو قال انت طالق اليوم وغدا وبعد غد يقع واحدة ان لم يكن له نية لان بوقوع الواحدة تتصف بالطلاق في هذه الايام لانه جعل الايام كلها ظرفا واحدا للطلاق ولو سكت عن ذكر الايام كان هذه الايام ظرفا للطلاق فكان ذكره وعدم ذكره سواء ولو قال انت طالق في اليوم وفي غد وفي بعد غد يقع الثلاث لانه افرد كل يوم بكونه ظرفا استشهد محمد رحمه الله فقال الا ترى انه لو قال لغيره والله لا اكلمك كل يوم من ايام هذه الجمعة لم يحنث حتى يكلمه في كل يوم منها فيكون قد كلمه سبع مرات وان ترك كلامه يوما واحدا لا يحنث بخلاف المسئلة الاولى لان بقوله والله لا اكلمك حرم الكلام على نفسه بعده وجعل ايام الجمعة كلها ظرفا واحدا وبقوله كل يوم من ايام هذه الجمعة فصار كانه ذكر الايام بلفظ الجمع بان قال والله لا اكلمك ايام هذه الجمعة فصار كما لو ذكر الايام بلفظ الجمع بان قال والله لا اكلمك ايام هذه الجمعة فكان شرط حنثه الكلام مرة في هذه الجمعة فاذا كلمه ليلا او نهارا حنث لان الليالي يدخل تبعا للايام فلا يقتضي تعدد الكلام اما في قوله كل يوم جعل كل يوم بانفراده ظرفا على حدة لتحريم الكلام فاقتضى مظروفا على حدة وهو الكلام المحرم فيتكرر الكلام المحرم ضرورة فكان شرط الحنث وجود الكلام المحرم في كل يوم بانفراده واذا كلمه في كل يوم لا يحنث الا مرة ولو كلمه ليلا لا يحنث لان اليوم المنفرد لا يتناول الليله فان قيل وجب ان يحنث في كل كلام كما لو علق الطلاق او العتاق او التصدق او الظهار بشرط متكرر فانه يتكرر قيل له نعم الطلاق والعتاق ونحوهما اذا علق بشرط متكرر يتكرر

لكن

لكن اليمين اذا علق بشرط متكرر لا يتكرر على ما ذكرنا في الايمان وعلى هذا لو قال والله لا اكلم فلانا اليوم وغدا وبعد غد فهنا يحلف الكلام واحدا ان كلمه مرة ليلا او نهارا في هذه المدة حنث ولو قال في اليوم وفي غد وفي بعد غد لا يحنث ما لم يكلمه كل يوم ولو كلمه ليلا لا يحنث ولو قال والله لا اكلمك اليوم ولا غدا ولا بعد غد فلو ان يكلمه في الليل دون النهار كانه قال لا اكلمك اليوم ولا اكلمك غدا ولا اكلمك بعد غد لانه عقد اليمين على كل يوم على حدة فلا يدخل الليل فيه ولو قال انت طالق كل يوم تطليقة تقع اليوم واحدة وغدا اخرى وبعد غد اخرى حتى تبين بثلث لانه قرن به ما يوجب التكرار لانه اضاف الى كل يوم تطليقة منكرة والمنكر اذا اعيد كان الثاني غير الاول فرق بين هذا وبينما اذا قال انت طالق كل يوم والفرق ان هنا جعل اليوم ظرفا للتطليقة وانما يكون كذلك اذا وجدت في كل يوم تطليقة وانما توجد اذا وجد الايقاع في كل يوم لان التطليقة مصدر وانما يتجدد المصدر بتجدد الفعل فانه ما لم يتكرر الايقاع لا يتصور تكرار التطليقة اما في تلك المسئلة جعل كل يوم ظرفا للطلاق وفي كل يوم صلح ظرفا للطلاق من غير تجدد التطليقة فلا يتكرر التطليقة دل على الفرق انه لو لم تقع في كل يوم لا يلغو شي من كلامه وهنا لو لم يقع يلغو قوله تطليقة وكذا لو قال انت طالق عند كل يوم او مع كل يوم لان حروف الصلات يقام بعضها مقام بعض ولانه لو لم يتكرر يلغو عند ومع ولو قال انت طالق اليوم وراس الشهر طلقت واحدة كما في قوله انت طالق اليوم وغدا وروي عن ابي يوسف رحمه الله انه يقع في اليوم واحدة وراس الشهر اخرى لانه ذكر وقتين مختلفين وجعل كل وقت ظرفا على حدة بدلالة انه لم يجعل ما بينهما ظرفا ولولا انه جعل راس الشهر ظرفا على حدة بدلالة انه لم يجعل ما بينهما ظرفا ولولا انه جعل راس الشهر ظرفا على حدة والا لم يعد قوله وراس الشهر لان اليوم وراس الشهر وما بينهما ظرف لكونه طالقا واذا تعدد الظرف تعدد المظروف الا ترى انه لو لم يقع راس الشهر اخرى يلغو قوله وراس الشهر وصار كما لو قال راس الشهر واليوم او قال انت طالق اليوم واذا جاء راس الشهر حيث طلقت اليوم واحدة وراس الشهر اخرى وصار كما لو قال لامراته امرك بيدك اليوم وغدا وبعد غد كان امرا واحدا ولو قال امرك بيدك اليوم وبعد غد كان امرين والجواب ان طلاق اليوم واقع في راس الشهر لانه متى وقع الطلاق ووصفت به في اليوم ستقر واقعا وموصوفة به بعده الى راس الشهر وبعده فلم يتخلل بين الوقتين زمان لا يكون هي طالقة فيه واذا كان الوقت واحدا لم يوجد ما يوجب التكرار فلا يقع الا واحدة وتخصيص راس الشهر لا يوجب الفصل لما يقتضي نوع فائدة اما الفصل فلا بخلاف قوله انت طالق راس الشهر واليوم لانه لو اقتصر على قوله انت طالق راس الشهر كانت لا تتصف بكونها طالقة اليوم وانما تتصف بكونها طالقة اليوم بطلاق يوقعه اليوم فصار وقتين بخلاف قوله

انت طالق اليوم واذا جاء راس الشهر لانه جعل راس الشهر شرطا وعلق الطلاق به والطلاق الواقع
في اليوم لا يمكن تعليقه براس الشهر فاقتضى ذكر الشهر طلاقا اخر بخلاف الامر باليد لانه لو
اقتصر على قوله امرك بيدك اليوم كان لا يصير الامر بيدها بعد اليوم فاذا قال وبعد غد فقد تخلل
بين الوقتين زمان ليس في يدها امرها فصار امرين اثنين بخلافه فلو نوى وقوع طلاق اخر يعني
راس الشهر يصدق لانه نوى محتمل كلامه بالتقديم او اضمار حرف الشرط وفيه تشديد عليه وفي العيون
بشر عن ابي يوسف رحمهما الله في رجل قال لامراته انت بالخيار اليوم وغدا وبعد غد فردت الخيار
في اليوم فان ابا حنيفة رحمه الله قال هذا رد في يومها ولها ان تختار في الغد وقال ابو يوسف
رحمه الله هو رد لما بعد الوقت وكذا لو قال امرك بيدك شهرا ولو قال امرك بيدك اليوم وبعد غد
فردت اليوم فلها الخيار بعد غد في القولين جميعا وكذا لو قال امرك بيدك اليوم وراس الشهر
وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان التخيير والامر باليد مقصور على المجلس والتوقيت وضرب المدة
مقيد حتى ان لها ان تختار بعد المجلس فاذا ردت اليوم وقد جعل الزوج لها الاختيار بعد اليوم
ونعول الغد فلها اختيارا اخر وصار ردها في اليوم او في المجلس كاعراضها ولو اعرضت في
اليوم لا يكون ابطالا في الغد وجه قول ابي يوسف رحمه الله ان الزوج جعل لها اختيارا واحدا لانه لم
يتخلل بين اليوم والغد وكذا بين الشهر وقت لا خيار لها فيه فقد اتصل ايام التخيير فيكون
اختيارا واحدا فاذا ردت في البعض يكون ردا في الكل كما اذا ردت في اول المجلس بخلاف
ما اذا قال اليوم وبعد غد لانهما تمليكان لانه يتخلل بينهما زمان ليس لها امر فانفصل الثاني عن
الاول فرد احدهما لا يكون ردا للاخر وفي الزيادات رجل قال لامراته في الليل انت طالق في ليلك
ونهارك يقع للحال واحدة ولا يقع بعد ذلك اخرى لانه اضاف الطلاق اليهما وقرنهما حيث جعلهما
ظرفا واحدا والوقت يصلح ظرفا لوقوع الطلاق فيه فيقع للحال واحدة تحقيقا للوصف ثم لا
تقع اخرى لان الواقع في الحال يبقى في الزمان الثاني فكانت موصوفة بالطلاق في الوقتين بذلك
الطلاق فلا يقع اخرى الا ان ينوي ذلك فيكون على ما نوى لانه نوى محتمل كلامه باضمار كلمة في
كانه قال انت طالق في ليلك وفي نهارك او بتقديم الثاني على الاول وكذا لو قال في النهار انت
طالق في نهارك وليلك ولو قال في الليل انت طالق في نهارك وليلك يقع تطليقتان واحدة للحال
واخرى اذا طلع الفجر لان قوله انت طالق في نهارك اضافة الى وقت في المستقبل فيتوقف
وقوعها على مجيء ذلك الوقت وقوله وليلك وصف لها بالطلاق في الحال لانه عطف الوقت
المذكور اخرا على المذكور اولا ولم يذكر له خبرا فصار خبر الاول خبرا للثاني لجمعهما
للشركة وهي لا توصف بالطلاق في الحال بتطليقة مضافة الى الغد فاقتضى وقوع تطليقة اخرى تنجيزا

لانه نوى صح

الطلاق الخ

وتنجيز الطلاق في الحال لا يمنع بقاء الاضافة الاولى واذا بقيت الاضافة تقع الاخرى في وقتها فان عنى
وقوع طلاق واحد في الوقتين دين فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله لفظه بالتقديم
والتاخير الا انه خلاف الظاهر وفيه تخفيف فلا يصدق قضاء وكذا لو قال في النهار انت طالق
في ليلك ونهارك لما قلنا ولو قال انت طالق في مكة وقعود لا يقع ما لم يوجدا لان الفعل لا يصلح
ظرفا فصار شرطا فتعلق بهما ولو قال في قيامك وقعودك فايهما وجد تقع لانه جعل كل واحد
منهما شرطا ولو وجدا لا يقع الا واحدة الا اذا نوى ثنتين ولو قال لامراته انت طالق كلما جاء
يوم طلقت عند مجيء كل يوم حتى تبين بثلث وكذا لو قال كلما مضى يوم طلقت عند مضي كل
يوم لانه علق الطلاق بافعال متكررة فيتكرر الطلاق بتكرر الفعل كما لو قال كلما دخلت
الدار غير ان مجيء اليوم بطلوع الفجر ومضيه بغروب الشمس ولو قال انت طالق ابدا لا يقع
الا واحدة لان المراة اذا اتصفت بكونها طالقة كان هذا الوصف دائما ابدا فكان ذكر الابد وعدمه
سواء فلو انه نوى انها طالق ابدا تطليقة بعد تطليقة صح لانه محتمل لفظه وفيه تشديد
عليه وانما قلنا انه محتمل لفظه لان الابد اسم لاوقات ممتدة فاذا نوى تطليقة بعد تطليقة فكانه
نوى اعداد الاوقات فصار كانه قال انت طالق كل وقت تطليقة واذا صحت نيته فان كانت موطوءة
بها يقع الطلاق الثلاث بلا فصل لوجود الاوقات المتصلة وان كانت غير مدخول بها تبين بالاولى
ولا تقع الثانية والثالثة لانها غير منكوحة ولا معتدة في الوقت الثاني والثالث ولو قال انت
طالق يوما ويوما لا كانت طالقا واحدة حين تكلم به لان قوله ويوما لا لغو لانه اما ان يريد
به وهو ويوما لا يقع عليك التطليقة وهذا لغو لان الطلاق متى وقع في يوم لا يتصور ان يكون
واقعا في يوم اخر واما ان يريد به ويوما لا يقع عليك تطليقة اخرى غير تلك التطليقة وهذا
لغو لان وجوده وعدمه بمنزلة فبقي قوله انت طالق فيقع في الحال واحدة فان عنى به انها طالق
ابدا يوما ويوما لا طلقت ثلثا اخرهن في اليوم السادس اما تكرار الطلاق فلانه نوى محتمل لفظه
لانه قد يذكر هذا اللفظ لتجدد الفعل ابدا يقال اصوم يوما ويوما لا واكتسب يوما ويوما لا يعني
الابد فكانه قال انت طالق ابدا يوما ويوما لا او كانه قال انت طالق في كل يومين ولو نص على هذا
طلقت ثلثا وذكر في الكتاب اخرهن في اليوم السادس قالوا هذا غلط في الكتابة والصحيح انه
يقع ثلاثا اولهن ساعة تكلم واخرهن في اليوم الخامس لانه يقع طلقة اليوم ولا يقع في
اليوم الثاني ثم يقع اخرى في اليوم الثالث ولا يقع في اليوم الرابع شيء ثم يقع اخرى في اليوم
الخامس وبعض المشايخ صححوا ما ذكر في الكتاب وقالوا قوله اخرهن كناية عن الايام بيانه انه
اوقع في كل يومين طلاقا واحدا فكان الطلاق الاول طلاق اليوم الثاني وطلاق الثاني طلاق اليوم الثالث

والرابع والطلاق الثالث طلاق اليوم الخامس والسادس يعني قوله اخرهن اليوم السادس
ان اخر الدورات اليوم السادس لانهما ثلاث دورات الا ان هذا لا يصح لانه لو كان كذلك
لكان من حق الكلام ان يقول اخرهن اليوم السادس وقد قال اخرهن في السادس وهذا انما
اليوم صح
يصح على ما ذكر في بعض النسخ اخرهن اليوم السادس بغير كلمة في وقال بعضهم ما ذكر في
الكتاب صحيح وانكار مع كلمة في ويكون كناية عن الطلاق لان التطليقة الاولى تقع في اليوم الثاني
لا في اليوم الاول لانه يصير موقعا كل طلاق في احد يومين على التنكير والايقاع المضاف الى
احد الوقتين يترك في اخرهما على ما ذكرنا في الايمان فتقع الاولى في اليوم الثاني والثانية في
اليوم الرابع والثالث في يوم اليوم السادس الا ان هذا يخالف ما قال محمد رحمه الله في الكتاب
فانه قال لو لم ينو به شيئا تقع في الحال واحدة ولو كان اضافه الى احد الوقتين لما وقع في الحال
واحدة فكان الصحيح ما ذكرنا انه يقع الثلاث اخرهن في اليوم الخامس او المذكور اخرهن في اليوم
السادس بغير في كما في بعض النسخ ثم ذكر محمد رحمه الله بعد هذا مسائل الظهار على قياس
مسائل الطلاق فقال رحمه الله اذا قال الرجل لامراته انت علي كظهر امي كل يوم فهو ظهار واحد
يبطل بكفارة واحدة ولا يقربها ليلا ولا نهارا حتى يكفر لانها محرمة عليه ما لم يكفر ولا ينبغي للمراة
هو صح
ان تتقرب به حتى يكفر لان عليها الامتناع من الحرام كما عليه ولها ان تطالبه بالتكفير وتخاصمه
في ذلك لانها استحقت الامساك بالمعروف وهو بالظهار فوت عليها ذلك فلها ان تطالبه بما صار
مستحقا لها بالنكاح ويجبره القاضي على التكفير عند طلبها لانه لا يتوصل الى الامساك بالمعروف
الا به ولو قال انت علي كظهر امي في كل يوم كان مظاهرا في كل يوم ويتجدد بتجدد اليوم فاذا مضى اليوم
بطل ظهار ذلك اليوم وكان مظاهرا في اليوم الاخر ظهارا جديدا وله ان يقربها في الليل فان كفر
في يوم بطل ظهار ذلك اليوم وعاد من الغد لان في المسئلة الاولى الظهار واحد وفي المسئلة الثانية
تتجدد في كل يوم كما ذكرنا في الطلاق والظهار مما يتكرر بتكرر الشرط كما لو قال كلما دخلت هذه الدار
فانت علي كظهر امي يتكرر الظهار بتكرر الدخول وتوقيته باليوم عندنا وقال ابن ابي ليلى رحمه الله
هو مظاهر ابدا حتى يكفر وقاس بالحرمة الثابتة بالطلاق في انه لا يتوقت بالتوقيت
ولكنا نقول موجب الظهار الحرمة وهو يحتمل التاقيت كالحرمة بسبب العدة وحرمة البيع بعد
النداء من الجمعة وحرمة الصيد على المحرم الى ان يحل والحرمة بسبب اليمين فاذا احتمل التوقيت
يصح توقيته ولا يبقى بعد مضي الوقت الا ترى ان الحرمة الثابتة به موقته يرتفع بالكفارة بخلاف
الطلاق فان الحرمة هناك باعتبار زوال الملك ولانعدام محل الحل وذلك لا يحتمل التاقيت
وعلى هذا لو قال انت علي كظهر امي شهرا او حتى يقدم فلان فهو كما قال ويسقط بمضي الشهر او قدوم
فلان

فلان لانها الحرمة مؤقتة بمضي وقتها الا ان بين قوله انت طالق في كل يوم وانت علي كظهر امي في كل يوم
فرقا من وجه وهو انه اذا وقعت طلقة بمجيء يوم تقع طلقة اخرى بمجيء يوم اخر ولا يرتفع الطلقة
الاولى وفي الظهار يرتفع بمضي كل يوم لان الطلاق يرفع النكاح ورفع النكاح لا يحتمل التاقيت لان
النكاح لا يحتمل التاقيت اما الظهار لتحريم المتعة مع بقاء النكاح وانه يحتمل التاقيت كالحرمة
الثابتة بالحيض والنفاس واليمين لما ذكرنا ولو قال انت علي كظهر امي اليوم وكلما جاء يوم كان
مظاهرا منها اليوم واذا مضى اليوم بطل هذا الظهار لانه موقت باليوم وله ان يقربها في الليل
لما قلنا فاذا جاء الغد صار مظاهرا ظهارا اخر دائما غير موقت وكذلك كلما جاء يوم صار
مظاهرا ظهارا اخر مع بقاء الاول لا يبطله الا الكفارة فان قربها في الغد فعليه كفارة واحدة
وان قربها بعد غد يلزمه كفارتان وكذلك ما وراء ذلك وبالتكفير في غير يرتفع ظهار
ذلك اليوم وينعقد اخر في اليوم الثاني لان المعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط
فيصير كانه قال لها عند مجيء كل يوم انت علي كظهر امي مرسلا ولو قال ذلك لا يرتفع الا بالكفارة
لانه غير موقت وانعقاد الظهار الاول لا يمنع انعقاد الثاني كما لو ظاهر منها مرتين او ثلثا
في مجلس واحد او مجالس متفرقة كان عليه لكل ظهار كفارة على حدة هكذا نقل عن علي
رضي الله عنه ولان تكرار الظهار في امراة واحدة كتكرار اليمين فكما يجب باعتبار كل يمين
كفارة فكذا باعتبار كل ظهار فان قيل اذا ثبتت الحرمة الموقتة بالظهار الاول كيف يثبت
بالظهار الثاني والثالث قلنا بالظهار الاول ثبت الحرمة مع بقاء ملك الحل فيتحقق الثاني
والثالث واجتماع اسباب الحرمة في محل واحد جائز فان صيد الحرم حرام على المحرم لاحرامه
ولكونه في الحرم والخمر حرام على الصائم لعينه ولصومه وليمينه اذا حلف لا يشربها والكفارة
الثابتة غير الاولى والحرمة الثانية غير الاولى ايضا في الحكم وان ظاهر منها ثلث مرات ونوى
بالثاني والثالث تكرار الكلام الاول فعليه كفارة واحدة لان صيغة الاخبار والانشاء في
الظهار واحد والكلام الواحد يعاد ويكرر ولا يجب الا ما يجب بالاول في العيون الحسن بن
زياد عن ابي حنيفة رحمه الله في رجل قال لامراته انت علي كظهر امي مائة مرة وجبت عليه
مائة كفارة لان تشبيهها بظهر الام هو السبب الموجب للكفارة وقد تعدد السبب فتتعدد
الكفارة لان السبب انما ينعقد بتلفظه وقد نص على مائة مرة فانعقد سببا لايجاب
مائة مرة كما اذا حلف مائة مرة وكذا سائر الاسباب الموجبة للكفارة الا ترى انه لو قال
لاربع نسوة انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن ويلزمه اربع كفارات عندنا وان
يصير صح
كان اللفظ واحدا وهو مروي عن عمر رضي الله عنه وابراهيم والحسن البصري رحمهما الله

بخلاف الكفارة لان وجوبها بهتك حرمة اسم الله تعالى على ما ذكرنا ه والله اعلم

باب من الطلاق الذي يكون من غير الزوج فيجيزه الزوج فيقع او لا يقع

ه اصل الباب ان تصرف الفضولي انما يتوقف على اجازة المالك اذا كان له مجيز حال وقوعه اذا كان من وقع له العقد او نائبه يملك مباشرته بنفسه اما اذا كان لا يملك مباشرته بنفسه لا يتوقف ولا يعمل فيه الاجازة لان الاجازة تنفذ العقد الموقوف فيصير بالاجازة كانه فعل ذلك بنفسه تقديرا وانما يمكن ان يجعل فاعلا تقديرا ان لو كان بحال لو وجد منه حقيقة يحكم بصحته فاما اذا عند وجوده منه حقيقة لا يحكم بصحته لا يمكن ان يجعل فاعلا تقديرا لان التقديري لا يكون فوق الحقيقي وجه اخر ما ذكرنا في الايمان ان الايمان تقتضي شرطا في المستقبل لانه لا معنى لان المقصود وهو الحمل او المنع انما يحصل به اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله امراة قالت قد جعلت امري بيدي واخترت نفسي او قال لها فضولي جعلت امرك بيدك فقالت قد اخترت نفسي فبلغ الزوج ذلك فاجاز ذلك في المسئلة الاولى والثانية لم يقع الطلاق ويصير الامر بيدها في المجلس الذي علمت فيه باجازة الزوج اما في المسئلة الثانية فلان الرجل الفضولي والمراة الفضولية كل واحد الذي يحتمل التعليق بالشرط اذا توقف حكمه على شيء يجعل معلقا واليمين يحتمل التعليق ولهذا لو قال اذا جاء غد فكل امراة اتزوجها فهي طالق او ان دخلت الدار فانت طالق يصح هذا التعليق فجعلنا الموجود من الفضولي معلقا بالاجازة من الزوج فعند الاجازة يصير كانه وجد الان فلا يستحكمه الا بعد الاجازة وكذا الامر باليد المحسر من الفضولي في العتق لما ذكرنا ه رجل تزوج امراة على انها طالق فالنكاح ولا يقع الطلاق لانه اخرج الطلاق مخرج البدل او مخرج الشرط وكيفما كان يقتضي ان يكون الطلاق مقارنا للنكاح لان ثبوت البدل يقارن ثبوت المبدل فيقترنان ويقعان معا فيكون وقوع الطلاق مقارنا وقوع النكاح وان اعتبرناه شرطا في النكاح كالخيار وكذلك لان ما شرط في العقد يثبت مقارنا للعقد لا بعده الا ترى انه لو باع دارا على انه بالخيار ثلثة ايام لا يثبت للشفيع حق الشفعة ولو ثبت الخيار بعد تمام العقد وثبوت الملك للمشتري لثبت له الشفعة كما في البيع البات ويشترط الخيار للمشتري وكان ما عينا من الامرين وقوع الطلاق مقارنا للنكاح والنكاح وقع عليها وهي اجنبية فكذلك الطلاق فان قيل لو قال لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق يصح وان كان وقوع الطلاق يقارن الملك عليها والملك يقع عليها وهي اجنبية فكذا الطلاق يقع عليها وهي اجنبية قيل له القياس ان لا يصح وبه قال بشر رحمه الله الا

انا

انا تركنا القياس بحكم العرف لانه يراد باليمين بالطلاق المضاف الى سبب الملك الملك لا سبب الملك فصار النكاح بحكم الاستعمال كناية عن الملك فصار كانه قال ان ملكتك بالنكاح فانت طالق فيكون الطلاق مضافا اليها وهي منكوحة ولا عرف هنا انه يراد بالنكاح والتزويج الملك لا سبب الملك فيعتبر الحقيقة وانما جمع محمد رحمه الله بين هذه المسايل وبينما تقدم ايضاحا لما تقدم ليتبين ان احتياجها الى نفسها بالطلاق لان الزوج لا يملك مباشرة ذلك بنفسه ولا بنائبه كما ان الطلاق المشروط في النكاح باطل لان الزوج لا يملك مباشرته لا بنفسه ولا بنائبه هذا اذا بدا الزوج اما اذا بدات المراة فقالت زوجت منك نفسي على اني طالق او على ان امري بيدي اطلق نفسي كلما اريد فقال الزوج قبلت وقع النكاح وصار الامر بيدها او وقع الطلاق عليها لانه اذا بدا الزوج وجد التطليق وجعل الامر باليد قبل النكاح فلم يصح اما اذا بدات المراة وجد التطليق بعد النكاح لانه لما قال قبلت بعد ايجابها صار كانه قال قبلت على انها طالق او على ان امرها بيدها فيكون الطلاق والامر باليد مذكورين بعد تمام النكاح معنى وهذا هو حيلة في المراة اذا ارادت ان تتزوج ليحل للزوج الاول وخافت ان الثاني لا يطلقها ينبغي ان تبتدي بالايجاب وتقول زوجت نفسي منك على اني طالق بعدما دخلت او بعد يوم او على ان امري بيدي اطلق نفسي كلما اريد او متى شيت او اردت فيقبل الزوج وفي الوكالة امراة وكلت رجلا بتزويجها من رجل فزوجها منه واشترط عليه انه اذا تزوجها فامرها بيدها فالنكاح جايز وامرها بيدها حين تزوجها لان هذا شيء يستبد به الزوج ولا ضرر عليها فيه ولا هو حاصل بقبول الوكيل ولو كان وكيل الزوج كان النكاح جايزا والشرط باطلا لان الزوج لم يامر بذلك وهو يتضرر به ولو قال الزوج زوجني امراة فاذا فعلت فامرها بيدها فزوجها الوكيل ولم يشترط ذلك لها فامرها بيدها حين يقع النكاح لان الامر بيد الزوج ويستفاد ذلك من جهته وهو يستبد بذلك مضافا الى النكاح كما يستبد به منجزا بعد النكاح ولو قال زوجني امراة واشترط لها على اني اذا تزوجتها فامرها بيدها لم يكن الامر بيدها الا ان يشترطها الوكيل لان الزوج لم يجعل الامر بيدها بنفسه بل فوضه الى الوكيل فما لم يباشره الوكيل لا يصير الامر في يدها وليس في ترك الوكيل هذا الشرط ضرر على الموكل بل فيه منفعة له رجل قال لاخر اكتب لامراتي ان خرجت من منزلك فانت طالق ففعل فخرجت المراة بعدما كتب الكتاب قبل قراته على الزوج ثم قراه عليه فاجازه وبعث به الى المراة لم تطلق بالدخول الاول فان خرجت بعد اجازة الزوج طلقت هكذا وضع المسئلة في هذا الكتاب ووضعه محمد رحمه الله في الاصل فقال لو ان رجلا قال لاخر قد بلغني ان امراتي تخرج من منزلها وانا غايب فانا

زوج صح

كان صح

وامرها بيدها صح

الكاتب على الزوج صح

اريدان اخذها فاكتب في ذلك كتابا فكتب الرجل اليها اما بعد فان خرجت من منزلك فانت طالق
فخرجت من المنزل بعد ما كتب الكتاب قبل ان يقراه الكاتب على الزوج ثم اجاز الزوج وبعث
به الى المراة لم يطلق بالدخول لان خروج المراة وجد قبل ثبوت اليمين بالطلاق ولان الزوج
ما امر الكاتب بان يكتب له كتابا بيمين بطلاقها وانما امره ان يكتب كتابا يحذرها عن
الخروج يعظه يعظها فاذا كتب الكاتب كتابا بيمين بطلاقها كان فضوليا في هذا الكتاب
فيكون موقوفا على اجازة الزوج فاذا اجاز الان صار يمينا بالطلاق فما لم يوجد بعده كلا
تحنث وبه يتبين ان ما وضعه صاحب الكتاب رحمه الله غير صحيح وانما الصحيح ما وضعه
محمد رحمه الله لان الزوج لو امر بكتابة الطلاق كان كتابة المامور ككتابة الامر بنفسه ولو
كتب بنفسه يقع الطلاق بالخروج بعد الكتابة ولا حاجة الى القراءة والاجازة ثم ابتدا محمد
رحمه الله المسئلة بالخروج واتمها بالدخول واختلف المشايخ رحمهم الله فيه منهم من قال ما ذكر من
الدخول في اخر المسئلة غلط وقع من الكاتب على ظن ان الابتداء كان بالدخول ومنهم من قال لا بل
صحيح واراد بالدخول مسئلة اخرى وهو انه لو كان بلغ الزوج انها كانت تدخل بيته وقت غيبته
وكان يشق ذلك لانه يخاف فتنها عليها في منزله فقال اكتب كتابا وحذرها من الدخول في
منزل فكتب اليها اما بعد فان دخلت الدار منزل ابو حكيم فانت طالق وقيل انما ساق محمد رحمه الله
بما ذكر من الدخول ان هنا مسئلتان مسئلة في الخروج ومسئلة في الدخول وكثيرا ما
يفعل هذا محمد رحمه الله في كتبه يذكر مسئلة ويجمع مسئلة اخرى ليتبين بذكر الجواب ان
هنا مسئلة اخرى

الله اعلم صح

۵ باب من الطلاق الذي يقع بالمال والذي لا يقع من طلاق السنة وغيره

۵ اصل الباب ان من خاطب غيره بكلام يحتاج
الى الجواب فان اجاب المخاطب بما يصلح جوابا للكل قطعا يجعل جوابا للكل كما لو قال
لغيره بعت منك هذا العبد وهذه الجارية واجرت هذه الدار بالف درهم فقال قبلت الكل
او اشتريته واستاجرت يكون جوابا للكل وكذا لو قال لي عليك الف درهم ومائة وخمسة
دينار وكر حنطة فقال لك علي جميع ذلك وان اجاب بما يصلح جوابا للكل ويصلح جوابا
للبعض يجعل للكل ايضا ترجيحا لاحد المحتملين على الاخر حتى يصير مجيبا لكل ما تكلم
به ولا يضيع شيء من كلامه كما لو اجاب فيما ذكرنا من صورة البيع بقوله اشتريته وفي الاقرار
بقوله نعم وان اجاب بما يصلح جوابا للبعض ولا يصلح جوابا للكل يجعل جوابا للبعض لانه تعذر
جعله جوابا للكل ثم ينظر ان كان فيه ضرر على المخاطب لا يثبت الحكم بدون رضاه نحو ان
يقول في البيع اشتريت العبد او الجارية او قبلت الاجارة وان لم يكن فيه ضرر عليه

جوابا صح

نعم

نعم الجواب ويلزمه ما اتفقا عليه كما لو قال في مسئلة الاقرار لك علي كر حنطة او الف درهم
او مائة دينار يلزمه ما اقر به وان اجاب بما لا يصلح جوابا لكلامه يجعل كلاما مبتدا
فيتوقف على قبول المخاطب وتصديقه نحو ان يقول في البيع اشتريت منك هذا الثوب
بمائة درهم او يقول في الاقرار لك علي كر شعير وجه اخر ان كلما يذكر لتاكيد الكلام لا يوجب
تغيير صدر الكلام لان حكم صدر الكلام ثابت بغير المؤكد والمؤكد يوجب تقريره لا
لا تغييره لان المؤكد لا يوجب الا ما يوجبه صدر الكلام لانه لو اوجب غيره يكون مناقضا
ومبطلا له لا مؤكدا وان صدر الكلام اوجب صدر الكلام المصدر بطريق الاقتضا كقوله
ضربت واعطيت اي ضربت ضربا واعطيت عطا فصار المصدر مذكورا بطريق الاقتضا
لانه لا يعقل بدونه وجه اخر ان الكلام يعمل بدليله كما يعمل بصريحه لان النص يعمل بالعبارة
تارة وبالدلالة اخرى وبهما جميعا في مجلس مختلفين اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل
قال لامراته اختاري اختاري اختاري بالف درهم يريد بذلك كله الطلاق فقالت قد اخترت نفسي
واحدة او بواحدة او اخترت جميع ذلك طلقت ثلاثا وعليها الالف وهذا استحسان والقياس
ان لا يقع شيء بالتخيير وان نوى الطلاق لان التفويض انما يصح فيما يملك الزوج مباشرته
بنفسه وهو لا يملك ايقاع الطلاق عليها بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسي او اخترت
نفسي منك لا يقع شيء فلا يملك التفويض اليها بهذا اللفظ ايضا ولكنا تركنا القياس لاثار
الصحابة رضوان الله عليهم فانهم قالوا في الرجل يخير امراته ان لها الخيار ما دامت في مجلسها
ذلك فاذا قامت من مجلسها فلا خيار لها ولان الزوج مخير بين ان يستديم نكاحها او
يفارقها فيملك ان يستوفيها بنفسه فيجعه بان يخيرها وقد خير رسول الله صلى الله عليه وسلم
نساءه حين نزل قوله تعالى فتعالين امتعكن واسرحكن ثم القياس على هذا الاستحسان
ان لا يبطل خيارها بالقيام عن المجلس لان التخيير من الزوج مطلق والمطلق فيما
يحتمل التابيد يتابد ولكنا تركنا هذا القياس لاثار الصحابة رضوان الله عليهم ولان الخيار
الطاري لها على النكاح من جهة الزوج معتبر بالخيار الطاري شرعا وهو خيار المعتقة وذلك
يتوقف بالمجلس فكذلك هنا لها الخيار ما تثبت في المجلس وان تطاول يوما او اكثر لان
المجلس قد تطول وقد يقصر الا ترى ان في قبض بدل الصرف وراس مال السلم لما يوقت
بالمجلس لم يفترق الحال بين ان يطول او يقصر فان قامت او اخذت في عمل اخر يعرف
انه قطع لما كانت فيه يبطل خيارها الا ترى ان المجلس يكون مجلس مناظرة ثم مجلس اكل
اذا اشتغلوا به ثم مجلس القتال اذا اقتتلوا ولان الذهاب عن المجلس انما يبطل الخيار

ذكره صح

وبالدلالة صح

اختاري

اجمعين روي عن عمر وعلي وابن مسعود وابن [illegible] وزيد وعايشه رض

محلها رضي الله عنهم

لوجود دليل الاعراض عما فوض اليها وذلك تحصيل باشتغالها بعمل اخر وكذلك بقيامها
وان لم يذهب لان القيام يفرق الراى وبه فارق الصرف والسلم فان بمجرد القيام لا يبطل
العقد لانه لا معتبر بدليل الاعراض ثمه وانما المعتبر الافتراق قبل القبض واذا وقع الطلاق
استحسانا فنقول يقع الثلاث وعليها الالف لان الزوج ذكر الاختيارات الثلاث معطوفا
بعضها على بعض لما لم تذكر بينها واو العطف وقرن الالف باخرهن فتوقف كلهن على جواب
المرأة فلما قالت اخترت جميع ذلك لا شك انه جواب الكل قطعا غير ان الاولى والثانية
تقع بغير شيء والثالثة تقع بالالف لانه جعل الالف مقابلا بالاخيرة بلا بالثلاثة لما ذكرنا فلا يجعل
مقابلا بغيرها واما اذا قالت اخترت نفسي بواحدة فقد اتت بما يصلح جوابا للكل بان تكون الواحدة
قائمة مقام الاختيار اي اخترت اختيارة واحدة فيقام مقام المصدر كما يقال ضربته
وجيعا اي ضربا وجيعا فيكون الواحدة صفة للاختيارة ويحتمل ان يكون جوابا عن البعض
بان يكون الواحدة صفة للتطليقة اي اخترت نفسي بواحدة فيجعل جوابا للكل كيلا يبطل
شيء من الاختيارات ولان المصدر الاختيار لا التطليقة لغة فكان اعتبار المصدر اللغوي
اولى لانه اعم فائدة واما قولها بواحدة فالكلام فيه اظهر لانه تنكير للجملة كانها قالت اخترت
الكل بدفعة واحدة ولانه يحتمل باختيارة واحدة فيكون جوابا عن الكل ويحتمل بتطليقة واحدة
فيكون جوابا عن البعض فيجعل عن الكل ولو قالت قد اخترت نفسي بالاولى او بالوسطى او
بالاخيرة طلقت ثلاثا وعليها الالف في قياس قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد طلقت واحدة بائنة في الاولى او الوسطى بغير شيء وواحدة بائنة بالالف في الاخيرة
والخلاف بناء على ان المكنى عنه في الاولى او الوسطى التطليقة او الاختيار لانها كناية عن
المؤنث وليس هنا مؤنث مذكور لفظا فكان صرفه الى مؤنث مضمر او مقتضى وعندهما يصرف
الى التطليقة لانها موجب التمليك وهو مقتضى الجواب شرعا وعند ابي حنيفة الى الاختيار لانها
هي المصدر لغة ومقتضى اللفظ لغة فكان الصرف اليه اولى لانه اعم فائدة لانا لو صرفناه الى
التطليقة ان حصل الفهم لاهل الشرع لا يحصل لاهل اللغة وان صرفنا الى الاختيار
يحصل الفهم لاهل الشرع واللغة فكان اولى ولانا لو صرفناه الى الاختيار يكون جوابا
للكل ولو صرفناه الى التطليقة لا يكون جوابا للكل لما ان معنى قولها اخترت الاولى صار الى بالكلمة
الاولى والذي صار اليها بالكلمة الاولى تطليقة فكانها صرحت بذلك بان قالت اخترت
التطليقة او اخترت التطليقة الاولى وهذا لما ذكرنا انه كناية عن المؤنث فيجوز ان يراد به التطليقة
فلا يقع الا واحدة ويجوز ان يراد به المرة والاختيارة فيقع الثلاث لكن الطلاق لا يقع بالشك

بتطليقة صح

المرأة صح

ولانها

ولانها اجابت بما لا يصلح جوابا للكل لانا متى صرفنا قولها الاولى او الوسطى او الاخيرة الى
الاختيار فغير متعددة لانها لا تختار نفسها الا مرة واحدة فصرفنا الاولى الى التطليقة
حتى لا يلغو لان التطليقات متعددة في نفسها واذا انصرفت الى التطليقة صار كانها قالت
اخترت التطليقة الاولى ولان الاولى او الوسطى غير مفيد في حق الترتيب لكنه مفيد في حق الافراد
ويعتبر فيما يفيد ولابي حنيفة رحمه الله ان الاولى نعت للمؤنث والنعت ينصرف الى
منعوت مذكور لا الى غير المذكور مع امكان صرفه الى المذكور والمذكور الاختيار دون الطلاق
فصار كانها قالت اخترت الاختيارة الاولى او المرة الاولى الا ترى انه لو قال لها امرك بيدك
ينوي ثلاثا فقالت قد اخترت نفسي يقع الطلاق ولو قالت قد طلقت نفسي بواحدة لا يقع الا
واحدة لانه نعت فرد فيقتضي مصدرا محذوفا فيثبت المصدر على موافقة الفعل فيثبت
الاختيار في الاولى والتطليقة في الثانية ولانها اجابت بما يصلح جوابا للكل ويصلح جوابا للبعض
للكل لما جعل قولها اخترت نفسي بواحدة على الاختيار لا على التطليقة قوله الاختيار غير
متعددة قلنا نعم غير متعددة حكما لانها لا تختار نفسها ولا تخلص لها نفسها الا مرة الا
انها متعددة لفظا الا ترى ان الزوج كرر لفظ الاختيار وهذا يكفي لذكر الاولى والوسطى و
والاخيرة لان قوله في كل مرة اختاري يقتضي اختيارة لا محالة والثابت بمقتضى اللفظ كالثابت
لفظا فكان الاختيار متعددا لفظا غير متعدد حكما والعبرة للفظ فيما يرجع الى اللفظ
لا الى الحكم الا ترى انه لو قال لامرأته انت طالق اربعا الا ثلاثا يصح الاستثناء ولا يقع الا واحدة
اعتبارا للفظ وكذا لو قال كل جارية لي من الامهات اولادي حرة ادعى امية الولد في
كلهن كان القول قوله اعتبارا للفظ وكذا لو اوصى بثلث ماله الا الفا وثلث ماله الفا يصح
الاستثناء ولانها اتت بالوصف فيما لا يليق به صفة الترتيب فيلغو ذكر الترتيب ويبقى قولها
اخترت فيكون جوابا للكل وبيانه ان التطليقات الثلاث قد اجتمعت في ملكها حتى تقع
الثلاث جملة باختيارها نفسها والمجتمع في زمان او مكان لا يليق به الترتيب ولذلك الحكم
في الملك فان القوم اذا اجتمعوا في مكان لا يقال هذا اول وهذا اخر وانما يقال هذا جاء اولا
وهذا جاء اخرا فيكون الترتيب في مجيئهم لا في ذواتهم وكذا لو اشترى عبدا في عقود متفرقة
ولا يقال هذا العبد اول وهذا اخر وانما يقال اشتريت هذا اولا فالترتيب في الشراء لا في الذات
وهكذا نقول في قولها اخترت التطليقة الاولى انه يلغو ذكر الترتيب ويبقى قولها اخترت
التطليقة فان قيل كان ينبغي ان لا يقع شيء لانه لما لغى ذكر الترتيب يبقى قولها اخترت وبه لا يقع
شيء ما لم يقل اخترت نفسي قلنا هذا اذا لم يكن في لفظ الزوج ما يدل على تخصيص الطلاق

اللفظ

ويحتمل جوابا له

صفته

وهنا في لفظه ما يدل عليه وهو تكرار قوله اختاري ثلاث مرات لان الاختيار انما يتكرر في حق
الطلاق لانه حق يتعدد والمخصوص بالثلاث هو الطلاق لا شيء آخر فصار كانه قال اختاري نفسك
وطلاقك فقالت اخترت يكون جوابا ولهذا لو قال الزوج نويت بالاولى الطلاق وبالاخريين ان امرها
لم يصدق في القضاء وبانت بثلث لان الثاني والثالث ايجاب صحيح من حيث الظاهر والقاضي
مامور باتباع الظاهر ولكنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لان الكلام قد يتكرر للتاكيد
وتفهيم المخاطب ولو قالت قد اخترت نفسي بتطليقة او طلقت نفسي واحدة فهي واحدة
بائنة في قياس قولهم جميعا لانها نصت على التطليقة والتطليقة متعددة في نفسها حقيقة
وحكما فلا يمكن ان يجعل جوابا عن الكل فيجعل جوابا عن البعض فيقع واحدة فبعد ذلك ينوي
فان قالت عنيت التطليقة الاولى او الثانية لا يلزمها شيء ولو قالت عنيت الاخيرة لزمها الالف
هذا اذا ذكر الاختيارات معطوفا بعضها عن بعض اما اذا ذكر معطوفا على بعض بان قال اختاري
اختاري واختاري بالف فقالت اخترت جميع ذلك او اخترت واحدة او بواحدة او اخترت
تقع الطلاق بالف لما ذكرنا ان هنا الالف مقابل بالكل وثمة مقابل بالاخيرة لان هنا ذكر
الاختيارات معطوفا بعضها على بعض وذكر في اخرها المال فانصرف الى الكل كما لو ذكر في اخره
شرطا او استثناء وثمة كل كلام مقطوع عن الاخر لو قالت اخترت نفسي بالاولى وبالوسطى او
بالاخيرة فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله لما ذكرنا انه جواب الكل وعندهما لا يقع شيء والفرق
لهما وهو ان الاول عندهما لما انصرفت الى التطليقة كان الجواب عندهما في قولها اخترت الاولى
كالجواب عند الكل فيما اذا قالت اخترت نفسي بتطليقة واحدة ولو قالت كذلك هنا لم يقع شيء
عندهم جميعا وثمة وقعت واحدة والفرق عند الكل ان هنا لو وقعت الواحدة اما ان تقع بغير شيء
او بثلث الالف لا وجه الى الاول لان الزوج ما رضي بوقوع الطلاق بغير شيء حتى جمع بين الكل بحرف
الجمع واعقبه بالمال بخلاف الاول ولا وجه الى الثاني لانها لو وقعت بثلث الالف تكون بائنا
وزوال ملك الزوج عنها بثلث الالف وهو ما رضي بالبينونة بثلث الالف فاما ثمة الزوج رضي
بزوال ملكه عنها بالاولى والثانية بغير شيء لما لم يجعل مقابلة الاولى والثانية شيئا من
البدل الا ترى انه لو قال لامرأته انت طالق ثلثا بالف او على الف فقالت قبلت واحدة لا يقع شيء
وكذا لو قالت قبلت الواحدة بثلث الالف لانها لو وقعت وقعت بثلث الالف والزوج
ما رضي بوقوع البينونة بثلث الالف لانها لو وقعت وقعت بثلث الالف والزوج ما رضي
بوقوع البينونة بثلث الالف ولو قالت قبلت الواحدة بالف درهم لا يقع ايضا لانه لم يرض
بوقوع البينونة بثلث الالف وبقبولها الالف مقابلة الواحدة لا يلزمها الزيادة لان الزوج جعل الالف

مقابلا

مقابلا للثلاث لا بالواحدة فلم يكن هذا قبولا لما اوجب ويكون كلاما مبتدأ وذكر في الوكالة
اذا وكل رجلا ليطلق امرأته ثلثا بالف فطلقها واحدة بالف كان واقعا والفرق ان نفاذ
تصرف الوكيل وعدم نفاذه يعتمد الموافقة والمخالفة وهذا خلاف الى خير فلا يعد
خلافا كما لو وكل رجلا ببيع عبده بمائة فباعه بمائتين اما في المبادلة لا تصح القبول
يعتمد الايجاب من كل وجه ولا ايجاب من جهته ولهذا لو قال لها انت طالق بعشرين درهم
فقالت قبلت بعشرة دنانير لا يصح بخلاف ما لو قال هذه طالق وهذه بالف فقبلت
احديهما وقع الطلاق وعليها بنصف الالف لانه رضي بوقوع الفرقة بينه وبين احديهما اذا
وجب عليها حصتها من المال فان نكاح احديهما لا يتصل بنكاح الاخرى بخلاف لو قالت طلقني
ثلثا بالف وطلقها واحدة حيث تقع بثلث الالف لان الباء بصدد الاعواض والابدال
والعوض ينقسم على المعوض فهي لما التمست الثلاث بالف فقد جعلت بازاء كل تطليقة
ثلث الالف ثم فيما صنع الزوج منفعة لانها لما رضيت بوجوب كل الالف بمقابلة التخلص
من زوجها كانت ارضى بوجوب ثلث الالف عليها اذا تخلصت وبالواحدة يتخلص منه
بخلاف جانب الزوج ولو طلقها ثلثا في كلام متفرق في مجلس في القياس يلزمها
ثلث الالف لانها بانت بالاولى بثلث الالف فهو بايقاع الثانية والثالثة بعده لا يستحق
عليها عوضا آخر وفي الاستحسان تقع ثلاث تطليقات بجميع الالف لان المجلس الواحد
يجمع الكلمات المتفرقة ويجعلها كلام واحد فكانه اوقع الثلاث بكلام واحد ولو قال
لها اختاري ثم اختاري ثم اختاري ينوي الطلاق بهذا كله فاختارت نفسها فهي ثلاث
تطليقات لان الوقوع بهذه الالفاظ عند اختيارها نفسها يكون جملة واحدة فان اختيارها
نفسها جواب للكلمات الثلاث والترتيب بحرف ثم في كلام الزوج فلا يوجب ذلك ترتيبا
في الوقوع لانه باختيارها ولو اختارت نفسها بالاولى قبل ان يتكلم بالثانية والثالثة
بانت بالاولى ولم يقع بالثانية والثالثة شيء لان البائن لا يلحق البائن ولانها ملكت امر
نفسها حين بانت بالاولى فلا يكون كلامه الثاني والثالث ايجابا بل اخبارا عن حالها انها
مالكة امر نفسها وهو صادق في ذلك بخلاف الاول فان هناك كلامه الثاني والثالث ايجاب
لانه تكلم به قبل ان يملك امر نفسها امرأة قالت لزوجها طلقني واحدة بالف درهم او على الف
درهم فقال لها انت طالق ثلثا طلقت ثلثا عند ابي حنيفة بغير شيء وعندهما طلقت
ثلثا وعليها الالف بازاء الواحدة المطلوبة والثنتان بغير شيء بناء على ان المخاطب بايقاع
الواحدة اذا اوقع الثلاث يكون مخالفا ولا يكون ممتثلا عند ابي حنيفة فصار الزوج مبتدئا

كانه ابتدا وقال لها انت طالق ثلثا وعندهما يكون مجيبا فى الواحدة مبتديا فى الثانية كانه
قال انت طالق واحدة وواحدة ولو قال هكذا والمراه مدخوله يقع الثلث وعليها الالف
بالاجماع اصله اذا قال لها طلقى نفسك واحدة فطلقت ثلثا لم يقع شى عند ابى حنيفه
وعندهما يقع واحدة ولو قال طلقى نفسك ثلثا وطلقت واحدة يقع واحدة بالاجماع هما
يقولان اوقعت ما فوض اليها وزادت على ذلك لان الواحدة موجوده فى الثلث فصار كما لو قالت
طلقت نفسى واحدة وواحدة وواحدة وكما لو قال لها طلقى نفسك فقالت طلقت نفسى وضرتى
وكما لو قال لعبده اعتق نفسك فاعتق نفسه وصاحبه او قال لاجنبى بع عبدى هذا فباعه
مع عبد آخر والدليل على وجود الواحدة فى الثلث ان الثلث احاد مجتمعه الا ترى انه لو
قال لها طلقى نفسك ثلثا فطلقت نفسها واحدة يقع واحدة وانما يصح ايقاعها اذا كان ما
اوقعت موجودا فيما فوض اليها ويصحه انه لو قال لها طلقى نفسك فقالت ابنت نفسى يقع
تطليقه رجعيه وبما زادت من صفه البينونه لا ينعدم الموافقه فى اصل الطلاق فكذلك
اذا اوقعت الثلث لان موجب الثلث البينونه الغليظه دل عليه انه لو امر غيره ان يضرب
عبده سوطا فضربه سوطين كان ممتثلا فى الاول مخالفا فى الثانى حتى يضمن نصف قيمته لو هلك
والزوج لو طلق امراته الفا طلقت ثلثا والمملوك له الثلث لا غير وقد اتى بما ضمن الالف فلو
نعتبر حقيقته وجب ان لا يقع لانه لم يات بالمملوك لا يلزم على ما ذكرنا فى الرجوع عن
الشهادات اذا شهد شاهدان على رجل انه طلق امراته قبل الدخول ثلثا واخران انه طلقها
واحدة وقضى به ثم رجعوا ان الضمان على شاهدى الثلث لا غير ولو كانت الواحدة المنفرده
هى الواحدة فى الثلث لكانوا متفقين على الواحدة فوجب ان يضمنوا الا انا نقول القضاء وقع
بشهادة الثلث لان موجب الثلث يخالف موجب الواحدة وان كانت الواحدة بعض الثلث
لان موجب الثلث بطلان حل المحليه وموجب الواحدة نقصان العدد فى المملوك ومع اختلاف
الموجب يعذر القضا بهما فقضى بالثلث لان فيها ما فى الواحدة لا يلزم على هذا اذا شهد احدهما
بواحدة والاخر بثلث ثم رجعا اشتركا فى الضمان لان القضا هنا وقع بالواحدة فقط وانها
ثبتت بشهادتهما فلا ينظر الى موجب الثلث ولابى حنيفه رحمه الله انها اتت بغير ما فوض اليها
فكانت مبتديه فيتوقف على الاجازه كما لو قال لها طلقى نفسك فطلقت ضرتها وبيان الوصف
ان الثلث غير الواحدة على ما قررنا فى مسئلة الشهادة بخلاف ما لو قالت واحدة وواحدة وواحدة
لانها بالكلام الاول ممتثله لما فوض اليها وفى الثانيه والثالثه مبتديه وكذلك ان اوقعت
على نفسها وضرتها فان قيل فكذلك هنا بقولها طلقت نفسى تكون ممتثله لو اقتصرت عليه

وانما

وانما تكون مبتديه فى قولها ثلثا فيلغو هذه الزيادة قلنا الطلاق متى قرن بالعدد فالوقوع
بالعدد لا بلفظ الطلاق ولهذا لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا تطلق ثلثا ولو
مات بعد قوله طالق قبل ثلثا او ماتت هى لم يقع شى فاذا كانت مبتديه فى كلمة الايقاع
لم يقع عليها شى ولهذا لو قال للمدخوله انت طالق ثلثا يقع الثلث وان كان قوله انت
طالق لا يحتمل الثلث وبه فارق صفه البينونه لان قولها ابنت نفسى اى طلقت نفسى
تطليقه باينه فاصل الطلاق انما يقع بقولها طلقت نفسى لا بذكر صفه البينونه وكذلك
وهى فى ذلك ممتثله امره وهذا لانها اتت بعين ما فوض اليها من جهة الذات ومتى ثبتت
الذات استتبعت الوصف اما هنا خالفت فى الذات لانه غير ما ذكرنا او
لانها بعض الثلث والبعض ليس عين الكل الا ترى انه لو امرها بالباين فطلقت رجعيه
تقع بائنا وان كان الرجعى غير البائن وهنا لو امرها بالثلث فطلقت واحدة لان الثلث
غير الواحدة لكن من ضرورة صيرورة الامر بيدها فى الثلث وقوع الواحدة بايقاعها
فانه بعضها صار مملوكا لها فانما ينفذ باعتبار انها تصرفت فيما ملكت وهنا انما
صارت الواحدة فى يدها فهى فى ايقاع الثلث غير متصرفه فيما ملكت وهنا انما صارت
الواحدة فى يدها فهى فى ايقاع الثلث غير متصرفه فيما ملكت ولا ممتثله امره ونوضحه
ان المخاطب متى زاد على حرف الجواب كان مبتديا كما لو قال تعال تغد معى فقال ان
تغديت اليوم تكون مبتديا ومتى نقص لا تكون مبتديا والمخاطبه بالواحدة اذا اوقعت
الثلث فقد زادت على حرف الجواب والمخاطبه بالثلث اذا اوقعت الواحدة لم تزد
فلهذا افترقا تفريع انه اذا فوض اليها الثلث فاوقعت واحدة فهى تقدر على ايقاع الثانيه
والثالثه فى المجلس ولو فعلت كانت ممتثله لا محاله فيستدركها لا تكون تخرج من ان
تكون ممتثله فى الاولى بخلاف ما اذا اوقعت الثلث وقد امرت بالواحدة لانه هنا لا
تقدر على الامتثال بعدها لاستعمالها بغير امرها ولان الواحدة وان صارت مذكوره
بذكر الثلث لكنها انما تثبت على وفق المتضمن والمتقضى وتفويض الثلث من الزوج صحيح
فثبت تفويض الواحدة فى ضمنه فملكت الواحدة فى ضمن ملك الثلث اما اختيارها
الثلث لم يصح فثبت الواحدة ايضا فى ضمنه بهذا الوصف كيلا يكون المقتضى والمتضمن
مخالفا للمقتضى والمتضمن ولان الثلث ثبت فى ملكها فى الحال لكن على ان تفرقها فى المباشره
لان الزوج انما ملكها ما له وليس له شرعا الا ذلك وهنا كالزوج بعقد النكاح دخل
الثلث فى ملكه ليباشرها متفرقه لا مجتمعه فكذا فى ملكها بتمليكه واما ضرب السوط

فيتبدل لما ضربت شرطا صار ممتثلا وخرج عن العهدة فاذا ضرب آخر صار مخالفا فيضمن
فوزانه من مسئلتنا انه لو قالت طلقني واحدة وواحدة واما اذا طلقها الفا فلان
ما زاد على الثلث غير معتبر شرعا لانه ليس له تصور الوقوع فصار كانه لم يات به من نظر
الشرع وهنا ما زادت معتبر شرعا حتى لو اتصل به الاجازة ينفذ فلو اعتبرنا اثبات
الواحدة بالثلث من غير اعتبار طلب الواحدة فيه من حيث انها بعض لا غير وهي لم تملكها من هذه
الجهة ومسئلة الشهادة دليل واضح على ما ذكرنا وما ذكر من العذر لا يصح لانا نقول اذا كانت
الواحدة التي شهد بها الفريق الآخر بعض الثلاث يجب ان يعتبر محل الاتفاق في محل الخلاف
كما ذكرنا في الباب الآخر من الوضع اذا شهد واحد بالف درهم واخر بدرهم ثمن الى خمس
وكما اذا شهد جماعة فريق بالف وفريق بالف وخمسمائة وهو يدعي الاكثر فقضى به ثم رجع الفريقان
فضمان الالف على الفريقين وضمان الخمسمائة على الفريق الذي تفرد بها وعلى هذا لو قال لها انت طالق
واحدة ان شئت فقالت شئت ثنتين او ثلاثا لم يقع شيء في قول ابي حنيفة لانه لم يوجد
مشيتها الواحدة وعندهما يقع واحدة لانها شاءت الواحدة وزيادة بخلاف ما لو قال انت طالق
ثلثا ان شئت فقالت شئت واحدة او ثنتين فانه لا يقع شيء لان قوله ان شئت اي شئت الثلاث
فان هذا اللفظ غير مفهوم المعنى بنفسه فلا بد من ان يحمل بناء على ما سبق واذا جعلناه بناء تبين
ان الشرط مشيتها الثلاث لكن لا تطلق فلا يتم الشرط بمشيتها الواحدة بخلاف ما اذا لم يذكر
المشية ولو قال انت طالق ثلثا ان شئت فقالت قد شئت واحدة وواحدة وواحدة وقع الثلاث دخل بها
او لم يدخل لان تمام الشرط باخر كلامها فما لم يتم الشرط لا ينزل الجزاء فلهذا وقع الثلاث بتمام الشرط
جملة ولان الكلام المعطوف بعضه على بعض يتوقف اوله على آخره وباخره يتحقق منها مشية
الثلاث فكانها قالت شئت ثلثا ولو قالت شئت واحدة وسكتت ثم قالت شئت واحدة
وواحدة لم يقع شيء لان كلامها تفرق بالسكوت وهي بالكلام الاول شاءت غير ما جعله الزوج شرطا
لان الشرط مشيتها الثلاث وقد شاءت واحدة واشتغالها بمشية اخرى يكون ردا للمشية
التي جعلها الزوج شرطا فكان هذا بمنزلة قولها لا اشاء بخلاف الاول لان كلامها موصول وباخره
يبين انها ايجاد للشرط لا رد للمشية ولو قالت طلقني واحدة بالف او على الف فقال انت طالق ثلثا
بالف او على الف لم يقع شيء حتى تقبل فان قبلت تقع ثلثا بالف في قياس قول ابي حنيفة رحمه
الله لانها التمست الواحدة منه بالف والزوج اوقع الثلاث بالف فكان مبتديا لا مجيبا لما قلنا
ومن قال لامرأته انت طالق ثلثا بالف او على الف لا يقع بدون القبول كذلك هنا وعندهما ان لم تقبل المراة
فهي طالق واحدة بالف لانه جواب في الواحدة المطلوبة وابتداء في الباقي فلو قبلت وقعت الواحدة

الواحدة من غير قبولها واذا وقع وقع بجميع الالف لان الزوج انما رضي بزوال ملكه بالف والمراة
رضيت بان يكون الالف بازاء الواحدة فاذا وقعت وقعت بجميع الالف ولا يتوقف الثنتان الباقيتان
فان قبلت طلقت ثلثا احداهن بالف والباقيتان بغير شيء لوجود القبول فان قيل وجب
ان يقع الثنتان الباقيتان وان لم يقبل لانه لا يجب بازائهما بدل فلا يتوقف الوقوع على قبولها
لان الزوج ينفرد بايقاع الطلاق بغير بدل قيل له بل الثنتان الباقيتان لا بدل بازائهما الا ان
الزوج علقهما بقبولها لما ذكر البدل فلا تقع بغير قبولها وان كانت لو قبلت لا يلزمها المال
كمن قال لامرأته بعد ما خالعها في العدة انت طالق بالف او على الف وكما لو طلقها على خمر او
خنزير وكما لو قال انت طالق الساعة بالف درهم على انك طالق غدا اخرى بالف لا يقع بدون
القبول وان قبلت لا يلزمها شيء وروي عن ابي يوسف رحمه الله في الامالي ان قبلت يقع واحدة
بثلث الالف وثنتان بغير شيء وان لم تقبل وقع واحدة بثلث الالف وقالوا هذه الرواية
اصح على قولهما لانها سألت واحدة بالف فلا يحتاج الى قبولها في ذلك والزوج لما جعل الالف مقابلا
بالطلقات الثلاث صار بازاء كل تطليقة ثلث الالف فان لم تقبل وقعت واحدة بثلث الالف
كان الزوج حط عنها ثلثي الالف الا ترى انها لو قالت طلقني واحدة بالف فقال انت طالق واحدة
بثلث الالف تقع بثلث الالف كذلك هنا الا ترى انه لو قال اشتريت منك هذا العبد بالف درهم
فقال البائع بعته منك بخمسمائة ينعقد البيع بخمسمائة ويكون حطا ولو بدا البائع فقال بعته منك
بالف فقال اشتريته بالف وخمسمائة يكون بيعا بالف وخمسمائة بشرط قبول البائع وان قبلت يقع واحدة
بثلث الالف وبما سوى ذا انما ثبت بالواحدة لا يجب المال بوقوع الاخرى بعد ذلك لان المال انما
يجب عليها بمقابلة ملكها نفسها ولم تملك بالطلقتين شيئا لم تكن مالكة قبل ذلك الا ترى انه
لو قال لها انت طالق على الف فقبلت ثم قال انت طالق على الف فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها
شيء كذلك هنا وروى الكرخي عن محمد في النوادر انه رجع الى قول ابي حنيفة انه لا يقع ما لم
تقبل واذا قبلت يقع الثلاث بالف لان الزوج متى قابل الالف بالثلاث فلو وقعت الواحدة
اما ان يقع بالف كما التمست او بثلث الالف لا وجه الى الاول لان الزوج لم يرض به لانه قابل
الالف بالثلث وقد صح ذلك منه ويتوقف على قبولها ولا وجه الى الثاني لانه ما رضي بزوال ملكه
عنها بالالف فلو وقعت الواحدة بثلث الالف لزال ملكه بغير الالف وهذا بخلاف المسئلة المتقدمة
وهي ما اذا قال الزوج انت طالق ثلثا ولم يقل على الف فان عند محمد رحمه الله طلقت ثلاثا
وعليها الالف لان الزوج لم يجعل الالف مقابلا بالثلاث فامكن ايقاع الواحدة بالالف
كما التمست فهذا وجه رجوع محمد والفرق له بين المسئلتين هذا اذا طلبت الواحدة وطلقها

ثلثا اما اذا قالت طلقني ثلثا بالف او على الف ان لك على الف درهم فطلقها واحدة عند ابي
حنيفة رحمه الله تقع واحدة رجعية بغير شيء الا في قولها بالف فانه يقع واحدة بائنة بثلث
الالف وعندهما يقع واحدة بائنة بثلث الالف في الكل لان الخلع معاوضة وكلمة على في المعاوضات
كحرف الباء الا ترى انه لا فرق بين ان تقول بعت منك هذا المتاع بدرهم او على درهم ولا فرق بين
ان تقول احمل هذا المتاع الى موضع كذا بدرهم او على درهم وعند ذكر حرف الباء تتوزع الالف
على التطليقات الثلث فكذلك عند كلمة على دل عليه انها لو قالت طلقني وفلانة على الف درهم
فطلقها وحدها كان عليها حصتها من المال حتى لو كان مهرهما على السواء يلزمها نصف الالف
وان تفاوتا تقسم الالف على مهريهما فيلزمها حصتها بمنزلة ما لو التمست بحرف الباء وهذا بخلاف
ما قال في السير اذا صالح الامام اهل حصن على ان يؤمنهم ثلث سنين على الف درهم ثم
بدا له بعد مضي السنة ان ينبذ اليهم يلزمه رد جميع المال ولو كان الصلح بحرف الباء يلزمه
رد ثلثي المال لان اعطاء الامان ليس بعقد معاوضة وحرف على للشرط فجعله بمنزلة الباء
مجازا يصار اليه لدلالة المعاوضة ولان غرضهم لا يحصل هناك فمقصودهم ان يتحصنوا في هذه
المدة ولا يتمكنون من ذلك في بعض المدة فلهذا حملنا كلمة على على الشرط وهنا مقصودها يحصل
بايقاع الواحدة فكان محمولا على المعاوضة بمنزلة الباء ولابي حنيفة رحمه الله يقول كلمة على
للشرط حقيقة لانه كلمة الالتزام ولا مقابلة بين الواقع وبينما التزم بل بينهما معاقبة كما
يكون بين الشرط والجزاء فكان معنى الشرط فيه حقيقة والتمسك بالحقيقة واجب حتى
يقوم دليل المجاز والطلاق مما يقبل التعليق بالشرط فلا حاجة الى العدول عن الحقيقة الى
المجاز واذا حمل على الشرط والشرط يقابل المشروط جملة لا يتوزع اجزاؤه اقسامها شرطت لوجوب
المال ايقاع الثلث فاذا لم يوقع لا يجب شيء ولان لها في ذلك غرضا صحيحا وهو حصول الحرمة
الغليظة حتى لا يصير في وثاق نكاحه وان اكره على ذلك وحسب فزوجها لتوبها منه
فاعتبرنا معنى الشرط لتحصيل مقصودها كما في الامان وكما ان المال في الامان نادر فكذلك
في الطلاق فالغالب فيه الايقاع بغير بدل وبه فارق البيع والاجارة لانه تعذر اعتبار معنى الشرط
ثمة لانه لا يحتمل التعليق بالشرط فجعل بمنزلة الباء والدليل على ان كلمة على للشرط قوله تعالى
انا رسول رب العالمين حقيق على ان لا اقول على الله الا الحق اي بشرط ان لا اقول وقال الله
تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا اي بشرط ان لا يشركن وهذا بخلاف قولها طلقني
وفلانة على كذا لانه لا غرض لها في الطلاق فلانة ليجعل ذلك كالشرط منها فيجعل بدلا لمنفعتها
فيه ولها في اشتراط ايقاع الثلث غرض صحيح كما بينا فان طلقها ثلاثا متفرقات في مجلس

واحدا

واحد لزمها الالف عند ابي حنيفة قياسا واستحسانا لان شيئا من البدل لم يجب بايقاع الاولى
والثانية والمجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة وعندهما على القياس والاستحسان
الذي ذكرنا في حرف الباء عن محمد رحمه الله في امراة قالت لزوجها طلقني ثلثا فقال لها انت طالق
او فانت طالق فهي واحدة لانه ليس بجواب فان قال قد طلقتك فهي ثلث فان اراد في المسئلة
الاولى ثلثا فالاستحسان واجعله ثلثا لانها سالت الثلث والزوج ما ابتدا ايقاعه على
سؤالها بل ابتدا بقوله انت طالق بخلاف قوله قد طلقتك لانه جعله جوابا رجل قال لامراته
ولم يدخل بها انت طالق ثلثا للسنة بالف درهم او على الف درهم فقبلت فهي طالق واحدة بثلث
الالف حين قبلت سواء كان في حالة الحيض او في حالة الطهر لان جميع الاوقات في حق
غير المدخول بها وقت السنة وانما يصير يقع بثلث الالف لانه جعل الالف بدلا عن التطليقات الثلث
فصار بازاء كل تطليقة ثلث الالف فعندما القبول تقع واحدة بثلث الالف لانه لو وقع
اكثر من ذلك لا يكون سببا فان تزوجها طلقت اخرى بثلث الالف وكذلك ان تزوجها مرة اخرى لان
الايقاع في غير المدخول بها على وجه السنة يعتبر بالايقاع بغير بدل على وجه السنة ولو
قال لها انت قبل الدخول انت طالق ثلثا للسنة ولم يقل بالف تقع في الحال واحدة وتتعلق
الثانية بالزوج ثانيا والثالثة بالزوج ثالثا لان الطلاق السني يوصف الترتيب في حق غير المدخول بها
لا يتصور الا على هذا الوجه ثم اذا قبلت في الحال ثم تزوجها تقع اخرى ولا يحتاج الى قبول
اخر بعد التزوج لان القبول يعتبر عند الايجاب كما اذا قال لامراته انت طالق واحدة غدا بالف
درهم فقبلت ثم جاء غد تقع من غير قبول جديد كذلك هنا فان كانت مدخولا بها طلقت حين
قبلت واحدة بثلث الالف اذا كانت طاهرة من غير جماع لان وقت السنة في حقها هذا
فاذا حاضت وطهرت يقع اخرى بغير شيء اما الوقوع على هذا الوجه اعتبارا للايقاع في حق
المدخول بها ثلثا بالايقاع بغير بدل في حقها على هذا الوجه واما وقوع الثانية والثالثة بغير
شيء لانها ملكت نفسها بالاولى وان كانت حائضا او في طهر جامعها فيه لا يقع الحال شيء حتى تحيض
وتطهر فاذا طهرت يقع واحدة بثلث الالف ثم اذا حاضت وطهرت تقع اخرى بغير شيء وكذا الثالثة
يقع في الطهر الثالث لانه لو قال لها انت طالق ثلثا للسنة ولم يذكر البدل وهي في طهر جامعها
فيه لا يقع شيء حتى تحيض وتطهر كذلك هنا ولا يجب المال عقابله الثانية والثالثة لما قلنا
بخلاف غير المدخول بها لانها ملكت نفسها بمقابلة الثانية والثالثة لتحلل الزوج وهنا لا يملكه
الزوج لما طلب منها قبولا على وجه لا يجب المال كان راضيا بالوقوع بغير مال وقد قبلت على
ما ذكرنا حتى لو تزوجها مرة اخرى ثم طهرت يقع اخرى بثلث الالف ولو تزوجها بالف في طهر

فيه تطليقة تقع اخرى ولا يشترط طهر آخر عند ابي حنيفة وعندهما لا يقع اخرى كما لو راجعها في
طهر واحد ثم طلقها اخرى على ما ذكرنا في الايمان ولو تزوجها في طهر آخر يقع بالاتفاق ولو تزوجها
في حالة الحيض لا يقع بالاتفاق ما لم يطهر رجل قال لامرأته طلقي نفسك ثلثا للسنة فقالت في
مجلسها طلقت نفسي ثلثا للسنة فان كانت حين قالت كذلك حايضا او في طهر جامعها فيه لا يقع
شيء اذا كانت حايضا لان المفوض اليها الطلاق السني وهذا ليس وقت السنة واذا طهرت
لا يقع ايضا ما لم تجدد الايقاع وان كانت طاهرة من غير جماع وقعت في الحال واحدة لان الايقاع في
هذا الوقت داخل تحت التفويض ولا يقع عليها شيء في الطهر الثاني حتى تطلق وكذا في الطهر
الثالث وكذا لو وكل رجلا بان يطلقها ثلثا للسنة فرق بين هذا وبينما اذا قال الزوج لها انت
طالق ثلثا للسنة فانه تقع في كل طهر تطليقة ولا يحتاج الى ايقاع جديد والفرق انما قاله ايقاع
الا انه اضاف كل تطليقة الى طهر لم يجامعها فيه فمتى طهرت وقع عليها تطليقة كما لو قال لها
انت طالق في كل طهر تطليقة او قال لها انت طالق كلما دخلت الدار او كلما جاء يوم اما هنا
المرأة تفوض اليها والزوج فوض اليها ان تطلق نفسها عند كل طهر تطليقة والمفوض اليها ايقاع
الطلاق في وقت مستقبل اذا اوقع قبل مجيء الوقت لا يصح لانه لا يمكن تصحيحه منجزا ولا معلقا
لانه فوض اليها التنجيز لا التعليق ولان الزوج متصرف بحكم الملك وهو يملك التنجيز والتعليق
والاضافة بحكم الملك فان صادف كلامه زمان الطهر كان منجزا والا كان اضافة الى وقت
السنة اما المرأة او الوكيل انما يتصرف بحكم الامر والامر يتقيد بالتقييد فاذا كان مامورا
بالتنجيز لم يملك منه الاضافة والتعليق الا ترى انه لو قال لها او للوكيل طلقي نفسك اذا حضت
وطهرت او طلقها اذا حاضت وطهرت فقال لها الوكيل اذا حضت وطهرت فانت طالق او قالت
طلقت نفسي اذا حضت وطهرت او قال له طلقها غدا او لها طلقي نفسك غدا فقالت طلقت نفسي
غدا لم يقع بهذا الكلام شيء لانه اتى بغير ما امر به فلو نوى الزوج وقوع الثلث جملة يصح ويقع
الكل في الحال لانه نوى ما يحتمله لفظه وهو السنة في الوقوع دون الايقاع كما لو قال لها انت
طالق ثلثا للسنة ونوى الوقوع في الحال فان طلقت نفسها في المجلس الذي طهرت فيه يقع
اخرى وكذا لو في الطهر الثالث لان الزوج فوض اليها عند كل طهر تطليقة فان قيل لو كان تفويضا
عند كل طهر تطليقة وجب ان لا يقع في الطهر الاول شيء عند ابي حنيفة لانها مامورة بايقاع
الواحدة في هذا الطهر والمامور بايقاع الواحدة اذا اوقع الثلاث لا يقع شيء عنده قيل له
اختلف المشايخ رحمهم الله فيه منهم من قال المذكور قول محمد وهو اختيار الفقيه ابي الليث رحمه
الله لان الجامع من تصانيفه فيكون المذكور قوله حتى ينص انه قولهم ولم ينص هنا ومنهم من قال هذا

طهر ثم

قول

قول الكل وهو فرق والفرق هو ان هنا وجدت الموافقة لفظا ومعنى وحكما لانه امرها ان تطلقها
ثلثا للسنة وقد طلقت نفسها ثلثا للسنة وثمة خالفت امره لفظا ومعنى وحكما اما
الموافقة معنى لان معنى قوله طلقي نفسك في كل طهر واحدة لان الثلاث السني لا يكون الا على هذا
الوجه وقولها ايضا طلقت نفسي في كل طهر واحدة ولان ابا حنيفة رحمه الله يعتبر موافقة
الوكيل لفظا حتى اذا قال للوكيل طلقها نصف تطليقة فطلقها تطليقة لا يقع شيء للمخالفة
لفظا ولو قال طلقها ثلثا فطلقها الفا لم يقع شيء ولو قال طلقها الفا فطلقها الفا يقع
ثلث للموافقة لفظا وقد وجدت الموافقة لفظا وبهذا الفصل يتبين الفرق بين ايقاعها وايقاع
الوكيل وبين ايقاع الموكل فان الموكل لو طلق امرأته الفا يقع ثلثا لانه يتصرف بحكم الملك فيتقدر
ما وجد الملك محل الايقاع بخلاف تصرف المامور ولو قال لها طلقي نفسك ثلثا للسنة بالف
فقالت طلقت نفسي ثلثا للسنة بالف وهي طاهرة من غير جماع وقعت عليها واحدة بثلث الالف
لانه لو امرها بايقاع الثلاث على وجه السنة بغير بدل فاوقعت ثلثا تقع واحدة فكذا هذا ثم
اذا حاضت وطهرت فاوقعت اخرى في مجلسها طلقت اخرى بغير شيء وكذا في الطهر الثالث
اما الوقوع فلان الزوج امرها بالثلاث للسنة وقد طلقت ثلثا للسنة فتقع الا ان الشرع
منع وجوب ثلثي الالف فلا يصير بذلك مخالفة كمن قال للمبانة في العدة طلقي نفسك واحدة
بالف فقالت طلقت نفسي واحدة بالف يقع بغير شيء واما بغير مال فلانها لم تملك بهذا الطلاق
نفسها على ما ذكرنا فان قيل المال في الطلاق اما ان يكون بدلا عن الطلاق او عن البينونة فان كان
بدلا عن الطلاق ينبغي ان يجب بمقابلة الثانية والثالثة ثلثا الالف وان كان بدلا عن البينونة
ينبغي ان يجب بوقوع الاولى جميع الالف لحصول البينونة قلنا عوض عن الطلاق كما سماه الزوج
لكن بشرط وجوبه ازالة ملكه عنها او صيرورتها احق بنفسها ليجب عليها العوض وذلك
فيما حصل بالثانية والثالثة فلا يجب لفقد شرطه وذكر محمد رحمه الله مسايل لايضاح هذه
المسايل منها رجل قال لآخر طلق امرأتي بخمر او خنزير ففعل وقعت بغير شيء ومنها لو قال الزوج
لآخر قل لامرأتي انت طالق ثلثا عند كل طهر تطليقة بالف فقال الرجل ذلك فقالت قبلت وقع الثلث
عند كل طهر واحدة ووجب الالف بالتطليقة الاولى لما قلنا ولو قال لرجل طلقها ثلثا للسنة
بالف درهم فقال لها الوكيل في حيضها انت طالق ثلثا للسنة بالف درهم فقبلت لم يقع عليها
شيء لما ذكرنا ولا يصير بهذا الكلام مخالفا ولا يخرج عن التوكيل الا بالامتثال فاذا طهرت فقال
لها انت طالق ثلثا للسنة بالف درهم فقبلت طلقت واحدة بثلث الالف كلامه في حق الواحد
بجميع الالف مقابل بالثلاث وكذا لو قال لها حين طهرت انت طالق واحدة بثلث الالف فقبلت

لانه ثم

ووقعت واحدة بائنة بثلث الألف لأن بالكلام الأول وإن كان مخالفا لما أمر به لم يخرج الأمر من
يده فإذا امتثل بعد تصرفه كالوكيل بالبيع بالف إذا باع بخمسمائة ثم استرد المبيع وباعه بالف
فإن حاضت وطهرت ثم قال لها أنت طالق بثلث الألف فقبلت وقعت تطليقة بغير شيء لأنه
ممتثل فإنه مأمور بتحصيل الواحدة في كل طهر بثلث الألف وقد فعل والطلاق يعتمد وجود
القبول لا وجوب المعوض كما لو طلقها على خمر أو خنزير إلا أنه امتنع وجوب البدل لانعدام شرطه
وكذا لو قال لها مثل ذلك في الطهر الثالث فإن قيل كيف يكون ممتثلا للأمر وقد أمره بإيقاع الثلاث
بعوض وقد أوقع الثانية والثالثة بغير عوض قلنا هما وقعتا بعوض كما أمره وإنما امتنع
الوجوب لانعدام شرطه كالوكيل ببيع ما يساوي خمسمائة بالف درهم إذا باع بيعا فاسدا بالف
لم يكن مخالفا وإن كان المبيع يصير مضمونا على المشتري بخمسمائة لأنه سمى الألف كما أمره وإنما امتنع
وجوبه حكما فلا يصير به مخالفا ثم الزوج لما أمره بهذا مع علمه أن الثلث للسنة لا يقع جملة
وأن بعد حصول البينونة بالأولى لا يجب المال بالثانية صار راضيا بما فعله الوكيل فإن تزوجها
الزوج بعد وقوع الطلقة الأولى فطلقها الوكيل الثانية في الطهر الثاني بثلث الألف وقبلت
وقعت أخرى بثلث الألف وكذا لو تزوجها ثم أوقع الثالثة فإن قيل هو مأمور بإزالة الملك الأول
دون الملك الثاني الذي يحدث بالتزوج فينبغي أن لا يتمكن بإيقاعه شيء قلنا الزوج لما أمره بإيقاع
كل تطليقة بثلث الألف مع علمه أنه لا يجب البدل بكل تطليقة إلا بمحل العقد صار راضيا
بزوال ملكه عنها عند إيقاع كل تطليقة بثلث الألف والله أعلم

باب ــــــــ من طلاق المرأتين اللتين يرثان

واللتين يرث أحدهما في مرض الزوج. أصل الباب ما ذكرنا في النكاح أن امرأة الفار ترث ما
دامت في العدة إلا إذا وجد الرضى منها ببطلان حقها في الميراث والرضى إنما يوجد بمباشرة
الطلاق بأن فوض إليها طلاقها فطلقت نفسها أو بمباشرة شرط الطلاق وإذا كان لها منه
بد سواء التعليق في الصحة أو المرض أو بسؤالها الطلاق المبطل للإرث وإنما يعمل رضاها
بإسقاط حقها إذا كان مقارنا للطلاق أما إذا كان بعده فلا لأنه متى وقع الطلاق وتعلق
حقها بالميراث كحق سائر الورثة فلا يعمل الرضى بعد ذلك كغيرها من الورثة إذا أبطل حقه
في الميراث وهو كالمرأة إذا اختلعت نفسها من زوجها على مهرها ونفقة عدتها يصح ويسقط
نفقة العدة ولو اختلعت بمهرها أو بمال آخر ثم أبرأته عن نفقة العدة لا يصح وحرف
آخر أن المأمورين بالطلاق من جهة الزوج بغير بدل إذا لم يكن الأمر معلقا بشرط المشيئة ينفرد
كل واحد منهما بالإيقاع والمأمورين بالطلاق ببدل لا ينفرد أحدهما بل يشترط اجتماعهما وكذا في

كان مع

الخلع

الخلع والإعتاق وإن قدر البدل لأن في الوجه الثاني يحتاج إلى اجتماع رأيهما لتقدير البدل
ثم النقصان أما لا منع الزيادة وعند اجتماعهما عسى يحصل الزيادة وهو إنما رضي برأيهما فلا
ينفرد أحدهما كما في البيع والقبض وفي الوجه الأول الحاجة إلى الإيقاع فقط وأنه لا
يختلف باختلاف الرأي والاجتماع والانفراد وصار كالوكيلين بالهبة بغير بدل وحرف
آخر ما ذكرنا أيضا أن التمليك يقتصر على المجلس والتوكيل لا والفاصل أن كل من هو عامل
لنفسه والتصرف مما يحتمل التعليق بالشرط فتفويض التصرف إليه تمليك كالمرأة إذا
فوض إليها طلاقها والعبد إذا فوض إليه عتقه فيقتضي الجواب في المجلس وكل من هو عامل
لغيره أو لنفسه والتصرف مما لا يقبل التعليق بالشرط فهو توكيل ولا يقتضي الجواب في
المجلس كالأجنبي إذا فوض إليه طلاق امرأة الغير أو المولى إذا قال لغيره هب عبدي من نفسك
إلا إذا علق تفويض الطلاق والعتاق بالمشيئة والإرادة بأن قال طلق امرأتي إن شئت
أو أعتق عبدي إن شئت فحينئذ يكون تمليكا ويقتصر على المجلس ولا يقبل الرجوع عندنا
وعند زفر رحمه الله هو توكيل لأن قوله إن شئت فضل من الكلام فإنا نعلم أنه إنما يطلقها إذا شاء
فيلغو هذه الزيادة ويبقى قوله طلقها ولأن الأجنبي لما جعل وكيلا في هذا الباب ووضع
هذا الكلام في حقه موضع التوكيل لم يتغير بذكر المشيئة كما في الوكيل بالبيع إذا قيل له بعه
إن شئت لا يصير تمليكا لكنا نقول آخر كلامه يبين أن مراده تمليك أمرها منه لا الرسالة
وجواب التمليك يقتصر على المجلس كما لو خاطبها به وحاصله أن في حقها لا يتحقق الرسالة لأنها
لا يكون رسوله إلى نفسها فيكون تمليكا سواء نص على المشيئة أو لا وفي حق الأجنبي يتحقق الرسالة
والتمليك جميعا فإذا قال طلق كان رسالة ولو قال إن شئت كان تمليكا كما لو فوض إليها بخلاف
البيع لأنه لا يحتمل التعليق بالشرط واللزوم بوصف كونه قابلا للتعليق إذا عرفنا هذا قال
محمد رحمه الله إذا قال الرجل لامرأتين له في مرضه وقد دخل بهما طلقا أنفسكما ثلثا فطلقت
إحداهما نفسها وصاحبتها ثلثا ثم طلقت الأخرى نفسها وصاحبتها ثلثا في مجلسهما طلقت
كل واحدة ثلثا وورثت التي طلقت أخيرا ولا ترث الأولى لأن وقوع الطلاق على الأولى مأمورة
بأن يطلق نفسها وصاحبتها وكذلك الأخرى لأن هذا أمر لكل واحدة منهما لا أمر لهما عند
الاجتماع لما بينا والمأمور بإيقاع الطلاق على كل واحدة منهما عاملة في حق الأولى هي وصاحبتها
وفي حق الأخرى هي وصاحبتها إلا أن كل واحدة منهما في تطليق نفسها مفوضة لا وكيلة وفي طلاق
صاحبتها وكيلة فيعمل الأولى لما طلقت نفسها وصاحبتها ثلثا طلقتا لما ذكرنا أن المأمور
بالطلاق بغير بدل إذا لم يكن الأمر معلقا بالشرط ينفرد كل واحد منهما لأن الأمر لم يطلب اجتماعهما

على الرأي لا نصًا ولا دلالة أما نصًا فلأنه لم يقل لهما أمر امرأتي بأيديكما حتى يصير الرأي
مفوضًا إليهما في الإيقاع وتركه على حسب ما يريان المصلحة وأما دلالة فلأن الزوج
لا يماثل العين من جهة المرأة لأن الزوج متبرع في الإيقاع وليس بمعاوض كالوكيل
بالهبة أو العتق بغير عوض ومتى طلقت كل واحدة ثلاثًا بالإيقاع الأول لغى تطليق الأخرى
لأن الطلاق لا يزيد على الثلاث وأما الإرث فلأن الأولى بانت بفعلها وهذا فوق الرضى
بالإبانة وطلب الطلاق وذاك مبطل للميراث فهذا أولى والأخرى بانت بفعل الأولى ولم
يوجد منها الرضى بإبانة الأولى وقت الإبانة والرضى بالإبانة إنما يبطل حقها في الميراث
إذا وجد الرضى منها مقارنًا للإبانة ولم يوجد وصار كما لو طلقها الزوج في مرضه بغير
سؤالها ثم قالت طلقني ثلاثًا لا يبطل حقها في الميراث وإن وجد الرضى منها بعد الإبانة
كذلك وهذا بخلاف ما لو بدأت الأولى فقالت طلقت صاحبتي ونفسي ثلاثًا حيث طلقت
صاحبتها دون نفسها وورثتا لما ذكرنا أنها في حق نفسها مالكة والتمليك يقتصر على المجلس
فإذا بدأت بطلاق صاحبتها خرج الأمر من يدها كما لو أكلت أو شربت وبطلاق نفسها
لا يبطل الطلاق في الأولى لأنه توكيل فلا يقتصر على المجلس وورثتا لأن الثانية منكوحة والأولى
طلقت بفعل صاحبتها ولو قالت كل واحدة طلقت نفسي وصاحبتي وخرج الكلامان منهما
معًا طلقتا ثلاثًا ولم ترثا أما الطلاق فلأن كل واحدة لو انفردت بالإيقاع طلقتا فإذا اجتمعا
كان أولى وأما الإرث فلأن كل واحدة منهما بدأت بتطليق نفسها ولم يتوقف وقوع الطلاق
عليها على الوقوع على صاحبتها لأن أول الكلام إنما يتوقف على آخره إذا كان في آخره كلام
صحيح يغير حكم أوله ولم يوجد ذلك هنا فلم يتوقف فطلقت كل واحدة منهما بتطليق نفسها
فلا يصير الزوج فارًا ولو قالت كل واحدة طلقت صاحبتي ونفسي وخرج الكلامان معًا
لم يذكر هذا في الأصل وينبغي أن ترث كل واحدة منهما لأن كل واحدة منهما طلقت بتطليق صاحبتها
وإن قالت إحداهما طلقت نفسي وقالت الأخرى طلقت صاحبتي وخرج الكلامان معًا طلقت
تلك ولم ترث أما الطلاق فلما قلنا وأما الإرث فلأنها بانت بفعلها لأنه اجتمع في حقها
تطليقها وتطليق صاحبتها والجمع بينهما غير ممكن لأن الطلاق لا يزيد على الثلاث فكان
تطليقها نفسها أولى لأنها في حق تطليق نفسها مفوضة فكانت كالمالكة وصاحبتها
كالوكيل وتصرف المالك أقوى فكان تنفيذه أولى ولهذا قلنا إن الموكل إذا باع العين من رجل
والوكيل باعها من آخر معًا كان بيع الموكل أولى ولأن الرضى بالفرقة وبطلان حقها في الميراث
مقارن للطلاق وهذا يمنع صيرورة الزوج فارًا وكذا لو قالت إحداهما طلقت نفسي ثم قالت

الاخرى

الأخرى طلقت صاحبتي ولو طلقت إحداهما صاحبتها ثلاثًا ثم طلقت المطلقة نفسها ورثت
لأنها بانت لا بفعلها ولو طلقت كل واحدة منهما صاحبتها ثلاثًا طلقتا وورثتا لأن كل واحدة منهما
بانت لا بفعلها هذا كله إذا كانتا في المجلس فإن قامتا عن المجلس ثم طلقت كل واحدة
منهما نفسها وصاحبتها طلقت كل واحدة ثلاثًا وورثتا لأن التمليك قد بطل بالقيام عن المجلس
وبقي التوكيل فيقع الطلاق على كل واحدة منهما بتطليق صاحبتها وترث كل واحدة منهما لأنها
بانت بفعل صاحبتها ولو طلقت كل واحدة منهما نفسها ثلاثًا بعد قيامها لم تطلقا وورثتا
أما عدم الطلاق فلبطلان التفويض وأما الإرث فلبقاء النكاح وكذا لو اجتمعتا على طلاق إحداهما
طلقت بحكم التوكيل وورثت لإضافة البطلان إلى فعل غيرها فإن قيل قوله طلقا أنفسكما
لم لا ينصرف إلى التفويض خاصة أو إلى التوكيل خاصة ولم لا يشترط وجود التطليق منهما كما
ذكرنا في الأيمان فيمن قال لامرأتيه إن دخلتما هاتين الدارين فأنتما طالقان يشترط دخول
كل واحدة منهما دارًا واحدة لأن مقابلة الجمع بالجمع يقتضي مقابلة الفرد بالفرد مضمومًا إليه فوجب
أن يصرف ههنا أيضًا ويجب أن ينصرف إلى تطليق كل واحدة واحدة إما بالوكالة أو بالتمليك
ولو اجتمعتا على طلاق واحدة لا يقع شيء كما لو دخلتا دارًا واحدة قلنا الفرق بينهما
في الحقيقة وهو أن ثمة لكل واحدة أن تدخل في دار شاءت واجتماع الدخلتين في
دار واحدة ليس بشرط ههنا أيضًا لكل واحدة أن تطلق أيهما شاءت إما نفسها أو
صاحبتها إلا أن في تلك المسألة الطلاق تعلق بالفعلين جميعًا فما لم يوجدا لا يقع
لأن المعلق بالشرطين لا ينزل إلا بوجودهما أما هذا ليس بتعليق إنما هو تفويض أو توكيل
وللمفوض إليه أن يسعد إلى الأمرين شاء وللوكيل أن يباشر أي الأمرين شاء كما لو وكل رجلين
ببيع عبد أو بطلاق امرأته كان له أن يبيع أحدهما أو يطلق إحداهما ولأن ثمة التصرف جنس واحد
وهو التعليق فعملنا بموجب مقابلة الجمع بالجمع وههنا التصرف مختلف فإنه تمليك وتوكيل
وأحكامهما مختلفة ولما تمكن أن نجعل كل واحدة منهما مالكة لطلاق نفسها وكيلة في حق
صاحبتها تمكن أن نجعل كل واحدة منهما وكيلة في طلاق صاحبتها لا مالكة لطلاق نفسها
فجعلنا كل واحدة مالكة وكيلة ولهذا روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله في رجل
قال لامرأتيه طلقا أنفسكما ثم قال بعد ذلك لا تطلقا أنفسكما كان لكل واحدة منهما
أن تطلق نفسها ما دامت في ذلك المجلس ولم يكن لها أن تطلق صاحبتها بعد النهي لأن
أمر كل واحدة بتطليق نفسها ليس بتوكيل بل هو تمليك فاقتصر على المجلس كما في
البيع وإنما لا يصح النهي بعد التمليك لأنه أخرج الأمر من يده في ذلك المجلس وجعله

في يدها فلا يملك الرجوع عنه وهذا لانه يبطل باعراضها فلا يبطل بابطاله وليس لها ان
يطلق صاحبتها لانها وكيلة وللموكل ولاية العزل ولو قال لرجلين طلقاها وطلقها احدهما
جاز لما قلنا بخلاف ما لو قال لغيره طلق امرأتي ووكل الغير غيره بذلك لان الموكل رضي بعبارته
لا بعبارة غيره وانما جعله رسولا في الايقاع لا في الارسال وان قال طلقاها ثلثا فطلقها
احدهما واحدة والاخر ثنتين فهي طالق ثلثا لان فعل كل واحد منهما كفعلهما ولو اوقعا
الواحدة ثم الثنتين كانت طالقا ثلثا ولو قال طلقاها جميعا ولا يطلق واحد منكما دون
صاحبه وطلق احدهما لا يقع لان باخر كلامه عزلهما عن الايقاع الا ان يجتمعا قال لامرأتيه
وقد دخل بهما طلقا انفسكما ثلثا ان شئتما فطلقت احداهما نفسها وصاحبتها ثلثا
لم تطلق واحدة منهما حتى يطلق الاخرى نفسها وصاحبتها وكذا لو طلقت احداهما نفسها
وصاحبتها او اجتمعتا على طلاق احديهما لا يقع وهذا عندنا وعند زفر رحمه الله ان شاءت
كل واحدة منهما طلاق نفسها يقع وعنه ان شاءت احديهما تطلق التي شاءت لانه اضاف
جماعة الافعال الى جماعة الاشخاص فينصرف كل فعل الى شخص على حدة كما اذا قال ان ركبتما
دوابكما او لبستما ثيابكما فلبست كل واحدة ثوب نفسها او ركبت دابة نفسها يقع
الطلاق ووجه الثاني انه لو خاطبهما بالطلاق مطلقا كان كلامه متناولا كل واحدة منهما فكذلك
اذا خاطبهما بطلاق معلق بالمشية ويصير كانه قال لكل واحدة انت طالق اذا شئت لكنا
نقول انه علق طلاقهما جملة بمشيتهما كلا الطلاقين لان قوله اذا شئتما اي شئتما طلاقكما
ثلثا فانه ذكر مشيتهما ولم يذكر لذلك شيئا فانصرف الى السابق ذكره وهو طلاقهما فصار
كانه قال طلقا انفسكما ان شئتما طلاقكما ثلثا فاذا طلقت احداهما نفسها وصاحبتها
او نفسها او صاحبتها فانما وجد بعض الشرط والمعلق بالشرط لا ينزل الا بعد وجود الشرط
بكماله كما لو قال ان دخلتما هذه الدار او كلمتما فلانا ففعلت احداهما دون الاخرى الا ترى انه
لو قال لامرأته انت طالق ثلثا ان شئت فشاءت واحدة لا يقع لهذا المعنى انه بمنزلة قوله ان شئت
الثلاث بخلاف قوله ان دخلتما او ركبتما لان ثمة تركنا القياس لعرف الناس ووضع اهل
اللسان وعرفهم ولا تعامل هنا فبقي على اصل القياس وكذا لو شاءت احداهما ثم شاءت الاخرى
فهو باطل لانه تحقق فوات بعض الشرط بموت احداهما فرق بين هذا وبين المسئلة الاولى
والفرق ان ثمة امر كل واحدة منهما ان يطلق نفسها وصاحبتها ثلثا لما قال لهما طلقا
انفسكما ثلثا ولم يعلق التفويض بشرط فاذا طلقت يقع اما هنا فوض الطلاق اليهما
وعلق التفويض بشرط مشيتهما لما ذكرنا ولم يوجد ولو طلقت الاخرى بعد ذلك نفسها

ثلثا

ثلثا قبل ان تقوم من مجلسها طلقتا ثلثا لوجود كمال الشرط وهو مشيتهما طلاقهما فلو
مات الزوج وهما في العدة ورثت الاولى دون الثانية على عكس مسئلة اول الباب لان هنا
الاولى بانت بفعل صاحبتها والاخرى بانت بفعل نفسها لان الطلاق لا يقع على الاولى
ما لم تطلق الاولى نفسها وصاحبتها وربما يطلق الاخرى وربما لا يطلق فلا يقع الطلاق
على الاولى ما لم يوجد التطليق من الاخرى فان قيل لما ان فعل الاخرى شرط لوقوع الطلاق
على الاولى ففعل الاولى شرط لوقوع الطلاق على الاخرى فكل واحدة منهما بانت بفعلها
وفعل صاحبتها فينبغي ان لا ترث الاولى كما لا ترث الاخرى قلنا نعم وقوع الطلاق على
كل واحدة منهما موقوف على شرطين وهو فعلها وفعل صاحبتها الا ان فعل الاخرى اخر
الشرطين وجودا فيضاف الوقوع اليه الا ترى انه لو قال لامرأته ان دخلت هاتين الدارين
فانت طالق فابانها وانقضت عدتها فدخلت احدى الدارين ثم تزوجها فدخلت الدار
الاخرى يقع الطلاق ولو كان الطلاق مضافا اليهما جميعا بشرط قيام الملك عندهما لا
يشترط قيامه عند الثاني وكذا لو دخلت احداهما في صحة الزوج والاخرى في مرضه
لا يصير الزوج فارا ولا ترث لاضافة الوقوع الى اخرهما كذلك هنا فان قيل الاولى رضيت
بهذا الطلاق فينبغي ان لا ترث قيل له لم ترض لان من حجتها ان تقول انما طلقت نفسي لعلمي
ان الطلاق لا يقع علي بتطليقي وحدي وانما يقع بتطليق صاحبتي وصاحبتي ربما تطلقني
وربما لا فلا يثبت الرضى من الاولى فان قيل اذا كان التفويض معلقا بمشيتهما وجب ان
تشاء اولا طلاقهما حتى يصير الطلاق مفوضا اليهما ثم يطلقان بعد ذلك انفسهما كما لو قال لهما
طلقا انفسكما اذا قدم فلان وفلان قيل له نعم الا ان مشيتهما قد وجد حين اشتغلا بذلك
لانهما لا يشتغلان بتطليق انفسهما الا بعد مشيتهما طلاقهما ولا كذلك القدوم ولو طلقت
كل واحدة منهما نفسها وصاحبتها وخرج الكلامان منهما معا طلقتا وورثتا اما الطلاق
فلوجود الشرط واما الارث فلانه تعذر اضافة الوقوع الى اخرهما لانه خرج الكلامان معا
فاضيف الوقوع الى فعل كل واحدة منهما معا فبانت كل واحدة منهما بفعلها وفعل
صاحبتها فمن حيث انه وقع بفعلها لا ترث ومن حيث انه وقع بفعل صاحبتها ترث فثبت حقها
تعلق حقها بالمال باول المرض فلا يبطل بالشك بخلاف ما اذا طلقا على التعاقب لانه امكن الاضافة
الى الاخرى على ما مر وسواء قدمت كل واحدة منهما طلاق نفسها او طلاق صاحبتها لان من
حجة كل واحدة ان تقول انما طلقت لاني اعلم بمشية صاحبتي ولولا مشية صاحبتي لما وقع
علي بمشيتي على الانفراد ولو قامتا عن المجلس او قامت احداهما ثم طلقت كل واحدة منهما نفسها

وصاحبتها فهو باطل لان المشيه في حق نفسها وفي حق غيرها مما يقتصر على المجلس فقامت
الشرط او بعضه ولو قال لامراتيه وقد دخل بهما امركما بايديكما يريد الطلاق فالجواب في هذه المسله
كالجواب في قوله طلقا انفسكما الا شيئا في انه لا يتفرد احدهما بالايقاع لا على نفسها
ولا على صاحبتها وفي انه يقتصر على المجلس لانه نص على التفويض الى رايهما وفي حق الارث واما
تفترقان في حق حكم وهو انهما لو اجتمعا على الطلاق احديهما بعينها طلقت وتعذلا والفرق
ما ذكرنا ان هنه فوض الطلاق اليهما شرط مشيتهما طلاقها ولم يوجد الشرط باجتماعهما على
طلاق واحدة وهنا فوض الطلاق اليهما مرسلا غير معلق بشرط لكن طلب الراي والتدبير
منهما ما لم يامرها بالطلاق فحتما ما لم اجمعهما في الايقاع وذلك على حسب ما يريان من المصلحة
فاذا اجتمعا على طلاق واحدة منهما وجد ما هو بمنزلة ما لو وكل رجلين بان يطلق امراتين
له بمال معلوم او يبيعا عبدين له بمال معلوم فخلعا احدى المراتين او باعا احد العبدين
كان ذلك جايزا فكذلك هنا ثم في هذه المسله اذا اجتمعا على طلاق واحدة وطلقت فان
بدات المطلقة بطلاق نفسها ثم طلقتها صاحبتها ورثها لان البينونة هنا قد اتى فعل صاحبتها
لانه احد الشرطين وجودا وغير المطلقة متكرهه فورثها وان كانت صاحبتها بدات
بطلاقها ثم طلقت هي نفسها لم يرث المطلقة لان البينونة هنا قد اتى فعلها لانه اخرهما
وجودا ولو خرج الكلامان معا ورثها لما ذكرنا في المشية وان قامتا عن المجلس بطل لان الامر يقتصر
على المجلس ولو قال لامراتيه في مرضه وقد دخل بهما طلقا انفسكما بلثا بالف درهم فقالت
احداهما طلقت نفسي وصاحبتي بالف درهم وقالت الاخرى مثل ذلك طلقتا ثلثا بالف
وقسم الالف عليهما ولم يرثا اما الطلاق فلاجتماعهما على تطليق كل واحدة منهما واما انقسام
الالف عليهما فلان الزوج جعل الالف بدلا عن نفسيهما والبضع عند الخروج ليس بمتقوم
ومقتضى المقابلة الانقسام كما لو باع شيئين بثمن واحد او تزوج امراتين بالف درهم فاذا
تعذر الانقسام على قيمتهما يوم الخروج تقسم على قيمتهما حالة التقويم وهو وقت الدخول
في ملكه وقيمتهما في ذلك الوقت ما سمي في نكاح كل واحدة منهما وتزوجها عليه فيقسم على
ذلك حتى لو كان مهر كل واحدة منهما الف درهم يقسم الالف عليهما نصفان ويجب على كل واحدة
خمسمائة ولو كان مهر احديهما الفا والاخرى خمسمائة تقسم الالف اثلاثا واما عدم الارث
لوجود الرضى فرق بين هذه المسله وبين المسله الثانية والثالثة من الباب فان ثمه ورثت
الاولى دون الاخرى وهنا لم يرثا والفرق ان ثمة الاولى طلقت بفعل الاخرى لانه اخرهما
وجودا الا انها رضيت بهذه البينونة لانه يمكنها ان يرجع عن تطليقها نفسها لان الخلع

٧

لا يتم بتطليقها وحدها ما لم تطلقها صاحبتها لان المامورين بالطلاق ببدل لا ينفرد به احدهما لما
ذكرنا ولها الرجوع عما قالت قبلها من الخلع ووقوع الطلاق الا ترى ان المراة لو قالت لزوجها
اخلعت نفسي منك بالف كان لها ان ترجع قبل قبوله بالزوج كما في البيع وساير المعاوضات
فاذا لم ترجع كانت راضية فلا ترث اما في المسله الثانية والثالثة لو ارادت الاولى
الرجوع لا يتمكن من ذلك فلم يكن راضية بالبينونة فلم يكن راضية بفعل الاخرى هنا اذا طلقتا
على التعاقب وكذلك لو تكلمتا بذلك معا فرق بين هنا وبين المسله الثانية والثالثة
فان ثمه في هذا الوجه يرثان والفرق ان هنا وجد الرضى منهما بالابانة مع معنى وجوب البدل
عليهما لان بدل الخلع وجب عليهما وبدل الخلع لا يجب الا بعد وجود الالتزام والرضى منهما فاذا وجد
الرضى منهما لم يرثا اما في المسله الثانية والثالثة لم يثبت الرضى مقتضى وجوب البدل
لانعدام البدل لو ثبت انما ثبت باعتبار انها بانت بفعلها وكل واحدة منهما بانت
بفعلها وفعل صاحبتها فلا يثبت الرضى من كل وجه فان اجتمعا على طلاق احديهما جاز
ولزمتها حصتها من الالف ولم يرث اما الطلاق بحصتها لانهما اجتمعا على طلاق احديهما كما
خلع التي اجتمعتا على طلاقها بما يحصها كما لو وكل رجلين بخلع امراتين على الف درهم فخلع
الوكيلان مع احديهما على ما يحصها كان جايزا لان اتيانهما ببعض ما امرا به واما عدم الارث
فلانها رضيت بهذه البينونة وان تكلمتا بذلك معا او احداهما قبل الاخرى بان بدات
بطلاق صاحبتها او بطلاق نفسها فهو سوا لان عدم الارث انما كان بسبب الرضى الثابت
مقتضى وجوب البدل لا بسبب الرضى الثابت بوقوع البينونة بفعلها وهذا المعنى يشمل
الحالين قال في الاصل ولا تشبه الخلع بالمال امرك بيدك لان الخلع بمنزلة الشرى فكل واحدة
منهما قد اشترت طلاقها فلا ترث الا ترى ان احديهما لو قالت لزوجها قد طلقت نفسي بالف
درهم فقال الزوج اجزت كذا كانت ترثه لانها بدات بذلك قبل زوجها كذلك هنا فان
قامتا من مجلسهما لم يقع الطلاق على كل حال فرق بين هذه المسله وبين المسله الاولى فان
ثمه اذا قامتا عن المجلس وطلقت كل واحدة منهما على صاحبتها طلقت بحكم التوكيل وهنا
لا يطلق والفرق ان الوكالة هنا ايضا ثبتت بعد القيام عن المجلس الا ان طلاق كل واحدة
منهما على صاحبتها بحكم الوكالة لا ينفع ايضا لانها لا تنفرد بالايقاع على صاحبتها لانهما مامورتان
بالخلع والمامورتان بالخلع لا ينفرد احدهما بالايقاع سواء كان البدل مسمى او غير مسمى كالمامورين
بالنكاح من قبل المراة او من قبل الزوج لا ينفرد احدهما وان كان المهر مسمى فاذا بطل الامر
في حق نفسها لكونه تمليكا بطل في حق الاخرى لفوات الشرط وهو اجتماع رايهما عليه بخلاف

المسئلة الاولى لان احتماعهما ليس بشرط لانهما ماموران بالطلاق وتفسير بدل على ما ذكرنا رجل قال لامرأته
طلقي نفسك بالف او قال طلقتك بالف او قال بعتك طلاقك بالف فلم تقل المرأة شيئا حتى
رجع عن قوله كان رجوعه باطلا حتى لو قبلت المرأة في المجلس صح وكذا لو قام الزوج من المجلس
قبل قبولها وهي في المجلس لا يبطل بقيامه حتى لو قبلت في المجلس صح وكذا العتق اذا قال
لعبده قد بعتك منك بالف درهم او على الف درهم او قد اعتقتك بالف درهم او على الف درهم
ثم رجع او قام عن المجلس ثم قبل العبد صح قبوله فرق بين هذا وبينما لو قالت المرأة لزوجها
طلقني بالف ثم رجعت او قامت عن المجلس قبل قبول الزوج حيث بطل والفرق ان
الخلع والطلاق على مال والعتاق على مال يمين وتعليق من جانب الزوج والمولى معاوضة
من جانب العبد والمرأة لان المطلوب من جانب الزوج والمولى الطلاق والعتاق وهما يحلف
بهما ويصح تعليقهما بالشرط واضافتهما الى الوقت واليمين لا يبطل بالقيام عن المجلس ولا
يقبل الرجوع عنه اما المطلوب من جانب المرأة والعبد المال وانه مما لا يحلف به ولا يقبل
التعليق بالشرط كالبيع فتعذر اعتبار معنى اليمين فكان معاوضة من كل وجه ولكل
واحد من المتعاقدين في المعاوضات الرجوع قبل قبول الاخر بالاجماع ولقوله عليه السلام
المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا والمعنى فيه ان البيع يقبل الفسخ فثبت كل ما هو عقد
يحتمل النقص والرد اما الطلاق والعتاق فلا يحتمل الفسخ فلا يقبل الرجوع فاذا قام احدهما
عن المجلس في المعاوضات قبل قبول الاخر كالبيع والاجارة والكتابة والنكاح يبطل لان
كل واحد منهما يملك الرجوع قبل قبول الاخر فكان وهذا كله قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف
واقوالنا ولو كانت المرأة غايبة فقال الزوج بعتها طلاقها بالف او طلقتها على الف او
خلعتها على الف فبلغها بعد ايام فقبلت في مجلس علمها صح قبولها كما لو علق طلاقها بشرط
اخر عند علمها وكذا العتق وكذا اذا قال اذا جاء غد فقد طلقتها بالف فقبلت عدا
يصح قبولها لان كلامه يمين فيصح مضافا ومرسلا ومعلقا ولا يصح قبولها قبل غد
لان الايجاب معلق بالشرط فكان معدوما قبله والقبول لا يصح قبل الايجاب وكذا لو قال
اذا جاء غد فطلقي نفسك بالف درهم ثم اراد ان يرجع ليس له ذلك ولو بدات المرأة فقالت
طلقت نفسي بالف درهم او اشتريت طلاقي بالف درهم ثم رجعت او قامت قبل قبوله بطل
وان كان الزوج غايبا فقبل لم يصح قبوله لان كلامها معاوضة فيقتضي جوابا في المجلس
الا اذا ارسلت رسولا الى زوجها فقالت خلعت نفسي من زوجي بالف درهم فاذهب يا
فلان واخبره بذلك فاذا اتاه الرسول فقبل الزوج صح لان لسان الرسول كلسان المرسل

باب

باب ـــــــــــــــ من الطلاق الذي يقع على واحد او يتكثر
بحنث او بغير حنث من له او لا يرث ١٥ اصل الباب ما ذكرنا في الايمان ان اليمين بغير اسم الله تعالى
ذكر شرط وجزا صالح واليمين بعرضية الجزاء لا بالشرط وجه اخر ان من حلف ان لا يطلق ولا يعتق
فانما يحنث في يمينه اذا اوقع الطلاق بكلام انشاء بعد اليمين لان الايمان تقتضي شروطا
في المستقبل لا فيما مضى لان المقصود وهو الحمل او المنع انما يحصل في المستقبل لا فيما مضى
لان المقصود وهو الحمل او المنع انما يحصل في المستقبل لا فيما مضى ولهذا لو قال لامرأته ان
دخلت الدار فانت طالق وقد كانت دخلت قبل اليمين لا يطلق ما لم يدخل بعد اليمين ثم
الشرط ان كان طلاقا او عتاقا فوجوده لا يكون الا بكلمة الايقاع لان التطليق هو التلفظ
بلفظ يقع به الطلاق ولهذا لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق او قال لعبده ان دخلت
الدار فانت حر ثم حلف ان لا يطلق امرأته او لا يعتق عبده ثم دخل العبد او المرأة الدار طلقت
المرأة وعتق العبد لوجود الشرط وهو الدخول ولا يحنث في يمينه لان شرط الحنث التطليق
والاعتاق بعد اليمين ولم يوجد والقياس ان يحنث وهو قول زفر رحمه الله لان ذلك الكلام
يصير تطليقا واعتاقا عند الشرط وانا نقول شرط الحنث التطليق والاعتاق بعد اليمين بكلام
يمكنه الامتناع عنه لما ذكرنا ولم يوجد فلا يحنث كمن جرح انسانا ثم حلف ان لا يقتل فلانا
فمات من ذلك الجرح لا يحنث لما قلنا اقتضى ما في الباب انه يمكنه الامتناع عن الشرط
بان علق بفعل نفسه لكن ما ذكرنا حكمة شرع اليمين والحكمة لا يراعى وجودها
في كل فصل ولو حلف لا يطلق ولا يعتق ثم علق الطلاق والعتاق بدخول الدار فدخل وقع الطلاق
والعتق وحنث في يمينه لان الطلاق والعتاق هنا وقعا بلفظ وجد بعد اليمين فيحنث اما الشرط
اذا كان وقوع الطلاق لا يشترط وجود كلمة الايقاع بعد اليمين لوجود الشرط وهو الوقوع
وان لم يتلفظ به حتى لو قال كلما وقع عليك طلاقي فانت طالق فطلقها واحدة طلقت ثلثا
لان بوقوع الواحدة وجد الشرط فوقع اخرى باليمين وبوقوع الثانية وجد الشرط مرة اخرى
فتقع اخرى وتنعقد اليمين بكلمة كلما بخلاف ما لو قال كلما طلقتك فانت طالق او كلما قلت انت
طالق فانت طالق او كلما تكلمت بطلاق يقع عليك فانت طالق ثم طلقها واحدة تقع اخرى باليمين
ولا يقع بالثالثة شيء لان وقوع الثانية ليس بايقاع مستقبل وهو الشرط وجه اخر ان
النساء وان كثرن لا يستحققن اكثر من الربع او الثمن بالنص ويكون ذلك بينهن بالسوية
الا اذا ترجح البعض على البعض في الاستحقاق او الحرمان واحوال الاصابة حالة واحدة
واحوال الحرمان احوال على ما ذكرنا في الايمان اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل له ثلاث

لا بكلام انشاء قبل

والعتاق صح

خطه فرع

نسوة لم يدخل بها جمع منهن زينب وعمرة وجمال فقال لزينب ان طلقتك فعمرة طالق ثم
قال لعمرة ان طلقتك فحمادة طالق ثم قال لحمادة ان طلقتك فزينب طالق ثم طلق زينب طلقت
هي وعمرة دون جمال متعدد كل يمين بوقت حتى يسهل تخريجها فيقول قال لزينب يوم
السبت مثلا ان طلقتك فعمرة طالق ثم قال يوم الاحد لعمرة ان طلقتك فجمال طالق ثم قال
يوم الاثنين لجمال ان طلقتك فزينب طالق ثم طلق زينب يوم الثلث فيقول قد حلف بطلاق
عمرة يوم السبت لان اليمين تعرف بالجزاء والجزاء في يمين يوم السبت طلاق عمرة وحلف
بطلاق جمال يوم الاحد لان الجزاء في يمين يوم الاحد طلاق جمال وحلف بطلاق زينب يوم
الاثنين فاذا طلق زينب يوم الثلث طلقت زينب بالتطليق وعمرة باليمين لان شرط وقوع
الطلاق عليها تطليق زينب وقد وجد بعد اليمين بطلاق عمرة لانه حلف بطلاقها يوم السبت
ولا يطلق جمال لان شرط وقوع الطلاق على جمال وان كان تطليق عمرة وقد وجد الا ان عمرة
طلقت بيمين وجدت قبل الحلف بطلاق جمال لان اليمين بطلاق جمال كانت يوم الاحد
وعمرة طلقت بيمين يوم السبت لانه لكان اليمين يصير تطليقا عند وجود الشرط وقد ذكرنا ان
الايمان تقتضي شروطا في المستقبل وعلى قياس قول زفر رحمه الله يطلق جمال لما ذكرنا فان
لم يطلق زينب لكن طلق عمرة يوم الثلث طلقت عمرة بالتطليق وجمال باليمين لان شرط
وقوع الطلاق على جمال تطليق عمرة وقد وجد لانه يوم الاحد صار حالفا بطلاق جمال وجعل
تطليق عمرة بعد اليمين بطلاق حمادة شرطا وقد وجد ولا تطلق زينب وان طلقت جمال
وطلاقها شرط الحنث في اليمين بطلاق زينب لان حمادة انما طلقت بيمين سابق على الحلف
بطلاق زينب لان جمال انما طلقت بيمين يوم الاحد وقد حلف بطلاق زينب يوم الاثنين وان
لم يطلق عمرة لكن طلق حمادة يوم الثلث طلقن جميعا اما جمال بالايقاع وعمرة وزينب بالحنث
اما زينب فلان جمال طلقت بكلام وجد بعد اليمين بطلاق زينب لان اليمين بطلاق زينب
وجد يوم الاثنين وجمال طلقت بتطليق مبتدا يوم الثلث واما عمرة فلان شرط وقوع
الطلاق عليها ايقاع الطلاق على زينب بعد اليمين بطلاق عمرة وقد وجد لان اليمين
بطلاق عمرة كان يوم السبت وانما طلقت زينب بيمين كانت يوم الاثنين فلهذا طلقن جميعا
ولو لم يطلق واحدة منهن بعينها ولكن قال يوم الثلثاء احداكن طالق يقال له بين ما دام
حيا فمتى اتهن بين فهو بمنزلة ما لو طلقها ابتداء بعينها وان مات قبل البيان فنقول
هنا حكمان حكم المهر وحكم الميراث اما حكم المهر فلعمرة نصف مهرها ولزينب وجمال مهر
وربع مهر بينهما اما عمرة فلانها مطلقة بيقين سواء عناها او عنى زينب او جمال وعمرة

المدخول

المدخول اذا طلقت فلها نصف المهر واما زينب وجمال فلان احديهما مطلقة بيقين مع
عمرة وكان نصف مهر ساقطا بيقين ومهر واحد ثابتا بيقين لان احديهما منكوحة اما
جمال فعلى حال ما عنى زينب فكان لها مهر كامل ولزينب نصف المهر او كلاهما مطلقة
بان عنى جمال فكان لهما مهر واحد فقد تيقنا بوجوب مهر واحد والنصف الاخر يثبت في
حالين وهو ما اذا ما عنى زينب لما ذكرنا او عنى عمرة لانه تطلق جمال دون زينب فكان
لزينب مهر كامل ولجمال نصف مهر ولهما مهر واحد في حال وهو ما اذا عنى جمال لانها
طلقت بطلاق حمادة فكان لهما مهر ونصف في حالين ومهر واحد في حال عن ان احوال
الاصابة حالة واحدة واحوال الحرمان احوال ايضا وهذا النصف مستحقا في حال دون
حال فيتنصف فيكون لهما مهر وربع بينهما لكل واحدة خمسة اثمان المهر لا استواهما في
الاستحقاق والحرمان انهما يطلقان في حال ان عنى حمادة وتطلق احدهما في حال ان عنى زينب
او عمرة ولو طلقتا في كل حال كان لهما صداق واحد ولو طلقتا احداهما بكل حال كان لهما صداق
ونصف فالصداق ثابت بيقين ووقع الشك في نصف صداق يثبت في حال فيتنصف فيجب
صداق وربع بينهما لطعن عيسى بن ابان رحمه الله وقال يجب ان يكون لهما صداق وثلث بينهما اعتبارا
بحال كل واحدة منهما على الانفراد فيقول زينب يطلق في حالين بان عناها او عنى حمادة
وكذا جمال يطلق في حالين ان عناها او عنى عمرة ولا يطلق زينب في حال ما عنى عمرة ولا
جمال في حال ما عنى زينب فكل واحدة تطلق في حالين ولا يطلق في حال فكان لكل واحدة
النصف بيقين والنصف الاخر يثبت في حال ويسقط في حالين فيجب ثلثه وهو سدس الكل
فيصير لكل واحدة ثلثا مهر ولهما مهر وثلث مهر الا انا نقول الاحوال ثلثة حالة الانفراد
المحض وهو الذي ذكره عيسى رحمه الله ولها صداق وثلث في هذه الحالة وحالة الاجتماع المحض
ولهما صداق وربع في تلك الحالة وبيانه وهو ان اقل ما لهن صداق ونصف بان طلقن
ان عنى جمال واكثر ما لهن صداقان بوقوع الطلاق على ثنتين منهن فصداق ونصف ثابت
بيقين ووقع الشك في النصف الباقي فيتنصف لانه يسقط في حال ويثبت في حالين
واحوال الاصابة حالة فيثبت نصفه فيصير لهن مهر وثلثة ارباع مهر والنصف حق عمرة
بقي لزينب وحمادة صداق وربع صداق بينهما فاذا كانت الاحوال ثلثة لم نعتبر حالة الانفراد
المحض ولا حالة الاجتماع المحض لكن اعتبرنا حالة جامعة بين الانفراد والاجتماع
وذلك بان يفرد عمرة ثم يجمع بين زينب وحمادة على ما ذكرنا فكان لهما صداق وربع ولان
فيما ذكرنا اقرارا بالثابت بيقين والساقط بيقين لما ذكرنا ان النصف ساقط ومهر واحد

او نقول صح

ثابت بيقين واعتبار الاحوال في المشكوك لان اعتبار الاحوال عند الشك لا
عند التيقن وفيما قاله خلط الساقط والثابت بيقين بالساقط والثابت
بالشك فكان ما قلناه اولى واما حكم الميراث فلا ميراث لعمرة لانها مطلقة قبل
الدخول بيقين ولزينب وجمال نصف ميراث النساء بينهما لانه لا ميراث لهما
في حال بان عنى جمال لوقوع الطلاق عليهن وفي حالين لاحدهما جميع ميراث
النساء ان عنى زينب فالميراث لجمال وان عنى عمرة فالميراث لزينب لا لان
احوال الاصابة حالة واحدة وكانت احداهما لا بعينها ترث جميع الميراث في حال
ولا ترث في حال فيكون لاحدهما نصف الميراث ويكون ذلك بينهما لاستوائهما في الاستحقاق
والحرمان ولو كان له اربع نسوة واسم الرابعة بشيرة فقال لزينب يوم السبت
ان طلقتك فعمرة طالق ثم قال يوم الاحد لعمرة ان طلقتك فجمال طالق ثم قال لجمال يوم
الاثنين ان طلقتك فبشيرة طالق ثم قال يوم الثلثاء لبشيرة ان طلقتك فزينب طالق
ثم طلق زينب يوم الاربعاء طلقت زينب بالايقاع وعمرة باليمين لان شرط وقوع الطلاق
عليها تطليق زينب بعد اليمين بطلاق عمرة وقد وجد لان تطليق زينب وجد يوم
الاربعاء واليمين بطلاق عمرة وجد يوم السبت ولا يطلق جمال لما قلنا في المسئلة
الاولى ولا بشيرة لانعدام الشرط وهو طلاق جمال ولو طلق عمرة يوم الاربعاء طلقت هي
بالتطليق وطلقت جمال لما قلنا في المسئلة الاولى ولم يطلق بشيرة وان طلقت جمال لان
شرط وقوع الطلاق على بشيرة تطليق جمادة بكلام وجد بعد اليمين بطلاق بشيرة ولم
يوجد لان جمال طلقت باليمين بطلاقها واليمين بطلاقها كانت يوم الاحد واليمين بطلاق
بشيرة كانت يوم الاثنين ولم يطلق زينب لانعدام الشرط وهو وقوع الطلاق على بشيرة
وان طلق جمال يوم الاربعاء طلقت هي بالايقاع وبشيرة باليمين لان شرط وقوع الطلاق
على بشيرة تطليق جمادة بكلام يوجد بعد اليمين بطلاق بشيرة وقد وجد لان الطلاق
اليمين بطلاق بشيرة كانت يوم الاثنين وطلاق جمادة كان يوم الاربعاء ولا يطلق زينب
وان طلقت بشيرة لان طلاق بشيرة كان بكلام وجد قبل اليمين بطلاق زينب واذا
لم يطلق زينب لا يطلق عمرة وان طلق بشيرة يوم الاربعاء طلقت هي بالايقاع وزينب
باليمين لان شرط وقوع الطلاق على زينب تطليق بشيرة بكلام وجد بعد اليمين
بطلاق زينب وقد وجد فاذا طلقت زينب تطلق عمرة لان شرط وقوع الطلاق على عمرة
وقوع الطلاق على زينب بكلام وجد بعد اليمين بطلاق عمرة وقد وجد ولا يطلق جمادة

لان

لان شرط وقوع الطلاق على جمال وقوع الطلاق على عمرة بكلام وجد بعد الحلف بطلاق
جمادة وعمرة انما طلقت بيمين وجد قبل اليمين بطلاق جمال على ما ذكرنا هذا اذا طلق
واحدة بعينها فان قال احداكن طالق فما دام حيا يؤمر بالبيان واذا بين فحكمه حكم
الانشاء وان لم يبين حتى مات فهنا حكمان حكم المهر وحكم الميراث اما حكم المهر فلعمرة
خمسة اثمان مهرها وللباقيات صداقان وربع بينهن لكل واحدة منهن ثلثة ارباع الصداق
ووجه التخريج ان نقول بان عمرة تطلق في ثلثة احوال اما بايقاع الطلاق عليها او بطلاق
زينب او بطلاق بشيرة ولا يطلق في حال وهو اذا اوقع الطلاق على جمال فيجعل في حقها
كان كلهن كذلك لانها تستحق بهذا الحساب فيكون النصف ثابتا لها بيقين والنصف
الاخر يثبت في حال ويسقط في ثلثة احوال فيثبت ربعه فاذا ثبت ربع النصف مع النصف
كان كله خمسة اثمان الصداق وكان كل الصداق ثمانية وكل واحدة من الثلث لو طلقت كانت تطلق
فيها واحدة لا غير فيجعل في حقهن كان كلهن كذلك لانهن يستحق بهذا الحساب واذا
جعل كان المطلقة ثنتان يسقط صداق كل واحد صح ثلثة اصدقة بين الاربعة لكل واحدة
ثلثة الارباع وعمرة استوفيت من الحساب الاول فلا يعطى لها من الحساب الثاني شيء ويطرح
حصتها من الثلثة والباقي بينهن ونقول نصف المهر ثابت لعمرة بيقين والنصف الاخر يستحق
في حال وهو ما اذا عنى جمادة لانها لا تطلق في هذه الحالة ولا يستحق في ثلثة احوال وهو ما
اذا عناها او زينب او بشيرة فكان لها ربع هذا النصف فاذا ضممناه الى النصف الاخر وكل
نصف اربعة صار خمسة اثمان المهر واما البواقي فاحداهن مطلقة بيقين واحداهن غير
مطلقة بيقين فكان لها مهر ونصف والاخرى يطلق في حال لانه ان عنى زينب لا يطلق غيرها
من البواقي ولو عنى جمال يطلق بشيرة معها ولو عنى بشيرة يطلق زينب معها فكان
النصف ثابتا بيقين والنصف الاخر يثبت في حالة ونحالين ينتصف ضممناه الى النصف
فكان ثلثة الارباع ضممناه الى مهر ونصف فصار مهران وربع بينهن لاستوائهن في
الاستحقاق والحرمان واما حكم الميراث فنقول لا نعطي لورثة الزوج شيئا من ميراث النساء
هنا بخلاف المسئلة الاولى والفرق وهو ان هنا احداهن وارثة بيقين والمرأة الواحدة تستحق
جميع الربع والثمن ثم في المسئلة الاولى احداهن غير وارثة بيقين لاحتمال ان يقع الطلاق
على جمادة فيطلق الكل واذا وجب لهن جميع ميراث النساء فكذا لعمرة ثمن ميراث النساء
ولجمادة ثلثة اثمانه ولزينب وبشيرة اربعة اثمانه لكل واحدة ثمنان ووجه التخريج
ان الاصابة الميراث لهن حالتان حالة مساواة وحال مفاضلة اما حالة المساواة فهو انه

دون حالين

اذا طلقت مساواة وحال المفاضلة واحدة منهن بايقاع يوم الاربعا سوى سبت لا يطلق
معها الا واحدة واما حالة المفاضلة وهو انه اذا طلقت بالايقاع يوم الاربعا سبت
يطلق معها ثنتان زينب وعمرة ولا يطلق حمادة فتفضلهن حمادة باعتبار هذه الحالة
لان باعتبار هذه الحالة يكون الميراث لحمادة واذا ثبت لهن حالتان مختلفتان قسم
الميراث اولا على الحالين نصفين حتى لا يستوي في المقصود له الزيادة ولا يحرم الفاضلة
فنقول النصف الذي يصيبهن حالة المساواة قسم بينهن ارباعا لاستوائهن فاذا صار
النصف على اربعة كان كل الميراث ثمانية ذهب النصف بحالة المساواة وبقي النصف
وهو اربعة فسهم من الاربعة التي اصاب حالة المفاضلة لزينب لانه لا يفضلها احد
من البواقي لانها يطلق بطلاق نفسها وبطلاق صاحبتها وحمادة وسبت كذلك فكل واحدة
من هولاء الثلثة سوآء لم يكن احداهن مفضولة فيستوي بين الثلثة في حالة المفاضلة فيعطى
كل واحدة من الثلاث سهم فصار لزينب سهمان حالة المساواة وسهم حالة المفاضلة
ولحمادة وللسبت كذلك فاما السهم الذي لعمرة حالة المفاضلة لا يصرف اليها ولكن تصرف
الى حمادة لان عمرة مفضولة في هذه الحالة من الاربعة يطلق بطلاق نفسها وبطلاق زينب
زينب ويشرع محرومة عن هذا النصف وصرف هذا السهم الى حمادة لان لها زيادة حال ليس
ذلك لزينب ولا للسبت فان عمرة في الحالة التي تطلق بطلاق سبت وبطلاق زينب لا
يطلق حمادة في تلك الحالة فكان لحمادة زيادة فضل ليس لغيرها من النساء فيصرف ذلك السهم
الى حمادة وتقريره من وجه آخر ان عمرة لا تستحق اكثر من النصف لان احدى البواقي يستحق
معها فلا حق لها في اكثر من النصف فنعزل الذي لا حق لها فيه ويقسم النصف الباقي بينهن ارباعا
فكان لكل واحدة ربع النصف وهو ثمن الكل اما النصف المعزول فنقول لو كانت عمرة مستحقة
كان بينهن ارباعا فاذا لم تستحق هي جعل ذلك السهم لحمادة لزيادة حالها على ما ذكرناه
والباقي من هذا النصف وهو ثلثه بين حمادة وسبت وزينب اثلاثا لكل واحدة سهم فاذا حصل
لحمادة سهم من النصف الاول وسهمان من النصف الثاني ثلثة الاثمان ولزينب وسبت
لكل واحدة منهما سهم من النصف الاول وسهم من النصف الثاني وكان لكل واحدة ثمنان
ولعمرة سهم من النصف الاول وفي المبسوط رجل له امرأتان زينب وعمرة فقال
لزينب انت طالق اذا طلقت عمرة او كلما طلقت عمرة ثم قال لعمرة انت طالق اذا
طلقت زينب ثم قال لزينب انت طالق فانه يقع على زينب بالايقاع تطليقة ويقع
على عمرة ايضا تطليقة لان كلامه الاول كان يمينا بطلاق زينب وكلامه الثاني كان يمينا

بطلاق

بطلاق عمرة فان الجزاء فيه طلاق عمرة والشرط طلاق زينب وقد وجد الشرط
بايقاعه على زينب فلهذا يقع على عمرة تطليقة باليمين ويعود الى زينب لان عمرة طلقت
بيمين عقد يمينه بطلاق فيكون وقوع الطلاق عليها شرطا للحنث في اليمين بطلاق
زينب فلهذا يقع عليها تطليقة اخرى هكذا ذكر في نسخ ابي سليمن رحمه الله وهو الصحيح
وفي نسخ ابي حفص رحمه الله قال ولا تعود على زينب وهو غلط ولو لم تطلق زينب ولكن
طلق عمرة وقعت عليها تطليقة بالايقاع وعلى زينب تطليقة باليمين ثم وقعت اخرى
على عمرة باليمين هكذا ذكر في نسخ ابي حفص رحمه الله وهو غلط والصحيح ما ذكر في نسخ
ابي سليمن رحمه الله انه لا تقع على عمرة باليمين لان زينب انما طلقت باليمين السابقة على
اليمين بطلاق عمرة فلا يكون ذلك شرطا للحنث في اليمين بطلاق عمرة قال الا ترى
انه لو قال لزينب اذا طلقت عمرة فانت طالق ثم قال لعمرة اذا دخلت الدار فانت طالق
فدخلت الدار تطلق بالدخول ويطلق زينب ايضا لان عمرة انما طلقت بكلام بعد
اليمين بطلاق زينب ولو كان قال لعمرة اولا اذا دخلت الدار فانت طالق ثم قال لزينب
ان طلقت عمرة فانت طالق ثم دخلت عمرة الدار طلقت ولم يقع الطلاق على زينب لان
عمرة انما طلقت بيمين قبل اليمين بطلاق زينب فلا يصلح ذلك شرطا للحنث في اليمين
بطلاق زينب وبهذا الاستشهاد تبين ان الصواب ما ذكر في نسخ ابي سليمن رحمه
الله وان الجواب في نسخ ابي حفص رحمه الله وقع على القلب في العيون عن محمد رحمه
الله في رجل له اربع نسوة فقال لواحدة منهن ان لم ابت عندك الليلة فالثلاث طوالق
ثم قال للثانية والثالثة والرابعة مثل ذلك ثم بات عند الاولى فانه يقع على التي بات
عندها ثلاث تطليقات ويقع على الثلاث الاخر على كل واحدة تطليقتان ولو بات
مع الثنتين وقعت على كل واحدة تطليقتان وعلى الاخريين على كل واحدة تطليقة
ولو بات مع الثلاث وقعت على كل واحدة منهن تطليقة ولا يقع على الرابعة شي لانه
جعل ترك البيتوتة عند كل واحدة منهن شرطا لوقوع الطلاق على صواحباتها فاذا
بات عند الاولى فقد تكرر شرط الوقوع في حقها ثلث مرات والجزاء يتكرر بتكرر
الشرط فوقع عليها ثلاث لانه ترك البيتوتة عند كل واحدة من الثلاث ويقع على كل واحدة
منهن طلقتان لان الشرط تكرر في حق كل واحدة منهن مرتين واما اذا بات مع الاولى
والثانية لان الشرط تكرر في حقهما مرتين لانه ترك البيتوتة مع الثالثة والرابعة
فيتكرر الجزاء وعلى الاخريين تطليقة لان الشرط متحد في حقهما واما اذا بات مع الثلاث

زينب صح
لو صح
عمرة م
ان يكون صح
صواحباتها

فقد وجد شرط الحنث في حقهن مرة وهو ترك المبيتوتة مع الرابعة ومع الشرط في حق
الرابعة وحلف لاحدى نسائه من اربع كلما حلفت بطلاقك فسائر نسائي طوالق ثم
قال للثانية والثالثة مثل ذلك فقد بانت منه الثالثة والرابعة بثلاث ووقعت
على الثانية تطليقتان وعلى الاولى طلقة ولو لم يقل كلما حلفت ولكن قال اذا حلفت وقعت
على الثالثة والرابعة تطليقتان ويقع على الاولى والثانية تطليقة ولو لم يكن دخل
بهن طلقت الثانية والثالثة والرابعة تطليقة ولا يقع على الاولى شيء لان كلمة كلما تتعلق
بالافعال وتوجب التكرار والشرط متى تكرر تكرر الجزاء فاذا قال للاولى كلما حلفت انعقدت
هذه اليمين في حق الثلاث وشرط الحنث الحلف بطلاقها فاذا قال للثانية انعقدت هذه
اليمين في حق الاولى والثالثة والرابعة ووقعت بها طلقة كل واحدة منها اعني الثالثة والرابعة
ولم تقع على الاولى والثانية شيء لان الحلف بطلاقها شرط للوقوع على الباقيات فاذا قال
للثالثة بانت الاولى بطلقة لوجود الشرط في حقها وقد تكرر شرط الحنث في حق الرابعة
والثالثة لان اليمين الثالثة انعقدت وهما من نسائه فقد تكرر شرط الحنث في حقهما بثلاث
مرات وفي حق الثانية تكرر شرط الحنث مرتين فيقع عليها تطليقتان وفي حق الاولى لم يوجد
الشرط الا مرة واحدة بقوله للثالثة لان اليمين الثانية انعقدت في حقها لكن لم يقع بها
شيء عليها لانه عقدها وجعل الشرط هو الوقوع على غيرها فاذا اخرجها عن الجزاء لم تقع بها
شيء ووقع باليمين الثالثة فاما اذا قال اذا حلفت لان هذه اليمين لا تقتضي تكرار الجزاء
بتكرار الشرط لانها غير معقودة بكلمة التكرار لكنه عقد ايمانا على الثالثة والرابعة يمينان
فوجد شرطها فيقع على كل واحدة منها تطليقتان لان شرطها وجودها في ملكه اذ الطلاق
بعد الدخول لا يزيل الملك وعقد على الاولى والثانية على كل واحدة منهما يمينا واحدة ووجد
شرطها فلم يقع على كل واحدة اكثر من تطليقة فاما اذا لم يدخل بهن فلان الشرط وجد
في حق الثلاث واليمين منعقدة فوقع الطلاق عليهن وخرجن عن ملكه فاذا قال للثالثة
لم تنعقد اليمين فلم يصر حالفا بطلاق الاولى فلا تقع عليها شيء بشر بن الوليد عن ابي
يوسف رحمهما الله في رجل له ثلث نسوة فقال لاحديهن ان طلقتك فالاخريان طالقان
ثم قال للاخرى مثل ذلك ثم قال للثالثة مثل ذلك ثم طلق الاولى واحدة طلقت كل واحدة
من الاخريين واحدة ولو لم يطلق الاولى ولكن طلق الوسطى فانه يقع على الاولى تطليقة
وعلى الوسطى والاخيرة على كل واحدة تطليقتان ولو طلق الاخيرة فانه تقع على الاخيرة
ثلاث وعلى الوسطى ثنتان وعلى الاولى واحدة لانه اذا طلق الاولى فقد وجد شرط الحنث في

حلفت صح

حق

حق الثانية والثالثة مرة فوقعت على كل واحدة طلقة اخرى منها فاما بيانه جعل طلاق
الثانية والثالثة شرطا كذلك وقد صار مطلقا للثانية والثالثة لكن جعل طلاق الثانية
شرطا بعد ما عقد اليمين على الاولى فيشترط وقوع الطلاق على الثانية والثالثة بكلام
يوجد بعد هذا اليمين وقد صار مطلقا للثانية والثالثة بكلام وجد قبل هذا اليمين
لانه صار مطلقا للثانية والثالثة باليمين على الاولى بطلاق الوسطى وجد شرط الحنث
في اليمين المعقودة على الاولى والثالثة فيقع على كل واحدة منهما طلقة وبوقوع الطلاق وقعت
على الوسطى والثالثة على كل واحدة منهما طلقة وقد وقع على الوسطى طلقة فيقع على كل واحدة
طلقتان وعلى الاولى طلقة فالحاصل انه انعقد في حق الاولى يمين واحدة ووجد شرطها
والعقد في حق الوسطى ايضا يمين واحدة وفي حق الثالثة يمينان واما اذا طلق الثالثة
لانه وجد شرط الحنث في اليمين المعقودة على الاولى والوسطى فوقع على كل واحدة طلقة وبوقوع
الطلاق على كل واحدة منهما تقع على الثالثة طلقتان وبوقوع الطلاق على الاولى تقع على الوسطى
طلقة واحدة والله اعلم

كتاب المناسك

باب من الصيد يصاد في الحرم او يصيبه او يخرجه الحلال من الحرم

اصل الباب ان الصيد الآمن كالمال المحرز في حق ايجاب الضمان
بالاتلاف او بتفويت الامن عنه تحقيقا للامان الثابت له ومنعا عن تعرضه
وانما يصير الصيد آمنا باحد ثلثة اشياء اما باحرام الصائد لقوله تعالى لا تقتلوا
الصيد وانتم حرم الاية او بدخول الصيد في الحرم لقوله تعالى اولم يروا انا جعلنا حرما
آمنا وقال عليه السلام ان مكة حرام حرمها الله تعالى يوم خلق السموات والارض لا يختلى
خلاها ولا يعضد شوكها ولا ينفر صيدها وعند اصحاب الظواهر لا يثبت الامن للصيد
بدخوله في الحرم ولا يجب الجزاء بقتله وعندنا يجب الجزاء لان بالقتل يصير مفوتا الامن
عليه جانيا على محل محترم متقوم فيلزمه جزاؤه وهو القيمة كما في حق المحرم الا ان جزاء
صيد الحرم يتادى بالاطعام ولا يتادى بالصوم وفي التادي بالهدي روايتان وعند زفر
رحمه الله يتادى بالصوم ايضا فعنده الواجب هنا كفارة كالواجب على المحرم لان الوجوب
لمحض حق الله تعالى فيكون جزاء الفعل بطريق الكفارة فيتادى بالصوم اذا لم يجد المال
كالمحرم وعندنا فهي رحمه الله معنى الغرامة والمقابلة بالمحل غالب في الفصلين
لان الواجب مثل المتلف بالنص اما من حيث الصورة او من حيث القيمة ومثل الشيء يجب
في الاصل للتقوم مقامه فكان جانب المحل هو المراعى في الفصلين وقد ثبت في حق

المحرم ان الواجب يتادى بالصوم فكذلك في صيد الحرم واما عندنا الواجب على المحرم
بطريق الكفارة فالمعتبر فيه معنى جزاء الفعل لانه لا حرمة في المحل انما الحرمة في المباشر
وهو احرامه الا ترى انه بعد ما حل من احرامه يجوز له الاصطياد وان لم يتبدل وصف
المحل وجزاء الفعل يجب بطريق الكفارة اما في صيد الحرم وجوب الجزاء باعتبار وصف ثابت
في المحل وهو صفة الامن الثابت للصيد بسبب الحرم الا ترى انه انما يتغير هذا الحكم بتغير
وصف المحل بخروجه من الحرم الى الحل الا ترى انه كما يجب ضمان الصيد بسبب الحرم يجب ضمان
النامي من الاشجار والنابتة في الحرم لما فيها من حياة مثلها وثبوت الامن لها بسبب
الحرم ولا ينفك ان ما يجب بقطعها يكون عوض المحل فكذا ما يجب بقتل الصيد فكان هذا
بغرامات المالية اشبه فكما لا مدخل للصوم في غرامات الاموال وان كان وجوبها بحق الله
تعالى كاتلاف مال الزكاة والعشر فكذلك لا مدخل للصوم في جزاء الصيد [illegible] انه
لما ازال الامن عن محل آمن لحق الله تعالى يلزمه ما يقابله اثباتا بصفة الامن عن الجوع
للمسكين حقا لله تعالى وذلك يحصل بالاطعام دون الصيام فاما في صيد الاحرام لما كان
الواجب لارتكابه فعلا محرما حقا لله تعالى يتادى ذلك بفعل هو مأمور حقا لله تعالى
وهو الصيام وفي الهدي روايتان في احدى الروايتين يقول لا يتادى بالاراقة بل
بالتصدق باللحم حتى يشترط ان يكون قيمة اللحم بعد الذبح مثل قيمة الصيد وان كان دونه
لا يتادى الواجب به وكذلك ان سرق المذبوح لانه لا معتبر لاراقة الدم في الغرامات وانما
المعتبر التمليك من المحتاج وفي الرواية الاخرى يقول يتادى باراقة الدم حتى لو سرق المذبوح
لا يلزمه شيء ويشترط ان يكون قيمته قبيل الذبح مثل قيمة الصيد لان الهدي مال يجعله تعالى
واراقة الدم طريق صالح يجعل المال خالصا لله تعالى عن [illegible] التصدق الا ترى ان الاستحلال المضحي
يجعل الاضحية خالصا لله تعالى باراقة دمها كذلك هنا وهذا لان الضمان وان كان بدلا في
حق الحلال لكن وجوبه بطريق العبادة ولهذا لا يجب على الصبي والنصراني واذا كان وجوبه
بطريق العبادة جاز ان يتادى بالهدي او يدخل الصايد في الحرم تحريا للفعل الذي
هو تعرض للصيد تعظيما للحرم هكذا روي عن جابر وابن عمر رضي الله عنهما وهذا لانه
منهي عن الرمي الى الصيد من الحرم قال الله تعالى ولا تقتلوا الصيد وانتم حرم يقال احرم
اذا عقد عقد الاحرام واحرم اذا دخل الحرم كما يقال اشام اذا دخل الشام واشتى
اذا دخل الشتاء الا ان يكون الصيد والرامي في الحرم ثم دخل الصيد في الحرم فيصيبه
فيه فحينئذ لا يلزمه الجزاء لانه في الرمي غير مرتكب للنهي ولكن لا يحل تناوله وهذه المسئلة

الجارم

المستثناه

المستثناه من اصل ابي حنيفة رحمه الله فان عنده المعتبر حالة الرمي الا في هذه
المسئلة لان الحل بالذكاة يحصل وانما يكون ذلك عند الاصابة فاذا كان عند الاصابة
الصيد صيد الحرم لم يحل تناوله وعلى هذا ارسال الكلب ويعوث من عنه قد
يكون مباشر الاخذ والقتل او بالتسبيب او بالدلالة اذا لم يكن المدلول عالما به
اذا كان الدال محرما سواء كان المدلول محرما او حلالا وفي القياس لا جزاء على الدال
وبه اخذ زفر رحمه الله وعلى قول زفر رحمه الله الحلال اذا دل على صيد في الحرم
يلزمه الجزاء كالمحرم وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله بناء على اصله وجه قول زفر
رحمه الله ان الجزاء متعلق بالقتل بقوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا والدلالة ليست
في معنى القتل لان الفعل متصل من القاتل بالمقتول والدلالة والاشارة غير متصل
بالمحل وهو الصيد والحكم الثابت بالنص لا يجوز اثباته فيما ليس في معنى المنصوص
دل عليه ان جزاء صيد الحرم على القاتل الحلال ولا يجب على الدال اذا كان حلالا ودل عليه
ان حرمة الصيد في حق المحرم لا يكون اقوى من حرمة مال المسلم ونفسه ولا ضمان على
الدال ثمه الا انا تركنا القياس باتفاق الصحابة رضوان الله عليهم فان رجلا سال عمر
رضي الله عنه فقال اني اشرت الى ظبي وانا محرم فقتله صاحبي فقال عمر لعبد الرحمن
بن عوف رضي الله عنه ماذا ترى عليه فقال ارى عليه شاة فقال عمر رضي الله عنه وانا
ارى عليه ذلك وان عليا وابن عباس رضي الله عنهما سيلا عن محرم دل على بيض نعامة
فاخذه المدلول عليه فشواه فقالا على الدال الجزاء والقياس يترك بقول الفقهاء من الصحابة رضي الله
عنهم وما نقل عنهم في هذا الباب كالمنقول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ لا يظن
بهم انهم قالوا جزافا والقياس لا يشهد لقولهم حتى يقول قالوه لك قياسا فلم يبق
الا السماع ثم ثبت باتفاقهم ان الدلالة على الصيد من محظورات الاحرام وذلك ثابت
بالنص ايضا فان النبي صلى الله عليه وسلم قال لاصحاب ابي قتادة رضي الله عنه في صيد اخذه
ابو قتادة وكانوا محرمين هل اعنتم هل اشرتم هل دللتم فجعل الاشارة كالاعانة فعرفنا
انه من محظورات الاحرام وذلك يوجب الجزاء وبه فارق صيد الحرم فان الموجب للحظر
هناك معنى في المحل وهو امن الصيد بسبب الحرم فلا بد من ان يكون فعله متصلا بالمحل
حتى يكون جناية وازالة الامن عن المحل وهنا الحظر بسبب معنى في الفاعل وهو انه
محرم فكان فعله محظور الاحرام وان لم يتصل بالمحل ولهذا كان معنى الجزاء هنا راجحا ومعنى
غرامة المحل هناك راجح على ما بينا ثم الاحرام عقد خاص وقد ضمن له ترك التعرض

ويكون الدال كالمباشر

تجب

فقد باشر حلا فيما لو دفع الى العبد وديعة فان له ان يضمن الدلالة

لا يعتقد ضامن بجعله فاذا تعرض له بالدلالة على المسلم وماله فانه ما التزم ترك التعرض
له بعقد خاص ثم الواجب هنا كضمان الجيران فيكون مقابلا بالمحل فيجب على من اتصل
فعله بالمحل واذا وجب الضمان بالجناية على الصيد بحكم الضمان سقط بالرد الى
الحرم او باداء الجزا لكن بشرط ان يكون بعد اداء الجزا بحال لو نشا الفعل منه لا
يضمن اما اذا كان بحال لو نشا اه انه يضمن بحكم الجناية باق حتى يسري الى الزوايد
وجزرنا فان زوايد صيد الحرم مضمونة بخلاف زوايد الغصب اذا عرفنا هذا قال
محمد رحمه الله حلال جرح صيدا في الحرم وقيمته يوم جرحه عشرة فازدادت قيمته من
شعر او بدن حتى صارت خمسة عشر ثم مات من تلك الجراحة ضمن الجارح ما نقصته
الجراحة يوم الجرح وقيمته يوم مات بالغة ما بلغت اما ضمان النقصان فلانه فوت
جزءا امنا من الصيد فيضمن كما لو تلف كله واما تمام القيمة يوم مات مجروحا لان
قدر النقصان ضمنه مرة فلا يضمن مرة اخرى فيضمن قيمة الباقي مجروحا وكذلك على هذا
اذا جرح عبدا او صيدا مملوكا فمات يضمن ما نقصته الجراحة ثم يضمن قيمته
يوم مات مجروحا فرق بين هذا وبين ما لو جرح حرا ثم مات حيث تضمن الدية ولا تضمن
ما نقصته الجراحة ثم الباقي والفرق وهو ان دية الحر لا تتفاوت بالجرح فلو ضمن
النقصان ثم الدية دخل هذا النقصان فيصير ضامنا للنقصان مرتين اما صيد الحرم
والصيد المملوك قيمته مجروحا انقص من قيمته غير مجروح فلو ضمن كمال قيمته مجروحا
لا يدخل فيه ضمان النقصان ولو قال يضمن قيمته يوم مات غير مجروح كان
مستقيما اذ لا فرق بين ان يقال يضمن النقصان يوم جرحه ثم يضمن قيمته مجروحا حين
مات وبين ان يقال يضمن قيمته يوم مات صحيحا فالعبارتان سواء ثم اوجب القيمة
هنا يوم مات زايدة لان الزيادة تلفت بجنايته اضافة السراية وهذه زيادة
حدثت من اصل مضمون فيكون مضمونا فرق بين هذا وبينما لو جرح عبدا او صيدا
مملوكا فازدادت بعد الجرح في شعر او بدن ومات حيث لا يضمن الزيادة والفرق ان
باداء الضمان يملك الصيد المملوك من وقت الجرح فيظهر ان الزيادة حدثت على
ملكه وقيام الملك في عين الصيد يسقط وجوب ضمان الاصل فقيام الملك في الزيادة
ايضا يسقط ضمان الزيادة والعبدان لم يملك باداء الضمان لانه ضمان دم لكن قام مقام
المالك فيه باداء الضمان من وقت الجناية كمن غصب مدبرا وادى قيمته لا يملكه لكن
قام مقام المالك فيه حتى لو غصبه آخر او قتله كان للغاصب تضمينه بحكم القيام مقام
المالك

المالك فكذلك هنا لو اتلفا المالك الزيادة لا يضمنها فكذا الذي قام مقام المالك فاما صيد
الحرم لا يملك بالجناية عليه عند اداء الضمان لانه لا يملك بسائر اسباب الملك ولو ملك او
قام مقام المالك فقيام الملك فيه لا يمنع وجوب الضمان الا ترى انه لو قتل صيدا مملوكا
له يضمن فكذا يضمن الزيادة الا ترى ان الا من وقت الجناية ثم الصيد في الحرم على التغليظ
والتشديد مخالفا لساير الضمانات الا ترى انه لا يفرق فيه بين الخاطي والعامد ويضمن
الولد الحادث في يده بخلاف زوايد الغصب ولو جرح عبد نفسه في الحرم او قتله لا يضمن
شيئا ولو جرح صيد نفسه او قتله يضمن ولان ضمان العبد او الصيد المملوك انما وجب باعتبار
ازالة يد المالك كما في الغصب لانه لا يصير متلفا ملكه عليه معنى وهذا لا يمكن تحققه في الزيادة
لما ذكرو في صيد الحرم الضمان انما وجب باحتباس واثبات اليد وانه يتحقق في الزيادة
كما في الاصل لان قيام اليد على الاصل يوجب قيامه على الزيادة وعن ابي يوسف رحمه الله
في غير رواية الاصول انه لا يضمن الزيادة بعد الجراحة من صيد الحرم اذا كان الجارح حلالا
سواء كانت زيادة شعر او بدن لان صيد الحرم في حق الحلال بمنزلة الصيد المملوك للغير
لا بمنزلة الصيد الامن بالاحرام بدليل انه لا يتادى جزاؤه بالصوم وبدليل انه لا يضمن بالدلالة
ثم الحكم في الصيد المملوك انه لا يضمن الزيادة الحادثة بعد الجراحة فكذا هذا وجه ظاهر
الرواية ان صيد الحرم في حق الحلال الحق بالمملوك فيما ذكر من الاحكام وبالصيد الامن
بالاحرام في حق بعض الاحكام وهو صرف جزائه اذ يصرف الى الفقراء ولو كان مملوكا له يجب عليه
الجزاء بقتله وهذا ينافيه ضمان الملك فاجري الحاق في وجوب ضمان الزيادة في البدن والشعر
والاخرى بنقضه فوجب القول بوجوبه احتياطا لا حق الله تعالى ولهذا يصرف الى الفقراء
ولا يجوز صرفه الى من لا يجوز صرف الزكاة اليه من الاقارب . ولو ادى الى الامي يجوز الا في رواية
عن ابي يوسف كما في صدقة الفطر وحق الله تعالى شائع في بجابها ولان مساه على
التغليظ بدليل ما ذكرنا الا ترى انه يضمن بالدلالة والاشارة والاعانة بخلاف الصيد المملوك
الا ترى انه لو ضرب بطن ظبية فطرحت جنينا ميتا ثم ماتت فعليه جزاؤهما قال اخذ فيه
بالثقة لان الظن سبب صالح لموتهما وقد ظهر الموت عقيبه وانما اراد بقوله اخذ فيه
بالثقة الاشارة الى الفرق بين هذا وبين الضمان الواجب بحق العباد فان من ضرب بطن جارية
فالقت جنينا ميتا بعد ما ماتت لم يجب ضمان الاصل لم يجب ضمان الجنين لان الجنين
في حكم الجزء من وجه والضمان الواجب لحق العباد غير مبني على الاحتياط فلا يجب
في موضع الشك فاما جزاء الصيد مبني على الاحتياط فيرجح شبهة النفس فيجب جزاؤه

ولان مبنى ضمان التغليظ والتشديد

دمي

والكفارة

وفي حكم النفس من

هذا اذا ازدادت قيمته ولو انتقصت قيمته بعد الجراحة فهذا على وجهين اما ان كان النقصان
من حيث السعر او من حيث البدن بان فات جزء منه لا بفعله فان كان من حيث السعر ثم مات
فانه يضمن ما نقصته جراحته وقيمته يوم جرحه ويحط عنه النقصان الذي ضمن لان الجرح
الذي هو سبب التلف وجد منه وقيمته عشرة ولم يفت شيء من الصيد حقيقة بغير
فعله ليتقطع اضافة تلف ذلك الجزء الى فعله فكان تلف الصيد الذي قيمته عشرة مضافا
الى فعله فيضمن عشرة لكن ضمان النقصان ضمن مرة فيحط عنه ذلك ويضمن الباقي وصار
كما لو جرح صيدا مملوكا ثم انتقصت قيمته من حيث السعر ضمن قيمته يوم الجرح لهذا كذلك
هنا فان قيل في المسألة الخارج ضمن الزيادة من حيث السعر كما ان النقصان من حيث السعر
ليس نقصان من حيث العين حتى لا يسقط شيء من الضمان بعد فالزيادة من حيث السعر لا يكون
زيادة في العين فيجب ان لا يضمن الزيادة ولهذا لا يضمن الزيادة من حيث السعر
في الصيد المملوك قيل له بزيادة السعر لا يزداد حقيقة لكن يزداد المالية
بزيادة الرغبة وكان في معنى زيادة العين قضاء والعين ابدا من وجه دون
وجه لكن قام الدليل على ان الثابت من وجه ملحق بالثابت من كل وجه في حق
وجوب جزاء الصيد لا في المملوك فاما الصيد المملوك فالضمان ثمة ضمان العبد
يراعى فيه المعادلة فاذا لم يوجد اتلاف الزيادة حقيقة لا يضمنها بخلاف النقصان
لان سبب التلف وجد في صيد قيمته عشرة والنقصان من حيث السعر نقص
العين من وجه دون وجه فلا يسقط شيء من الضمان بالاحتمال ولانه لا فرق في الحقيقة
فاما يعتبر الاكثر من قيمته يوم الجرح ويوم الموت لان الموت اثر فعله فكما يصير
معتديا عليه الان بالجرح يصير معتديا عليه الان بالاثر واعتبار احدهما يوجب
الاكثر واعتبار الاخر يوجب الاقل فيجب الاكثر احتياطا في الفصلين هذا اذا انتقص
من حيث السعر ولو كان النقصان من حيث البدن لا بجراحته ثم مات من جراحته
ضمن قيمته يوم جرح ويطرح عنه ما انتقص له بجراحته كما في الصيد المملوك فرق
بين نقصان السعر وبين نقصان البدن والفرق ان الضمان هنا وجب بالاتلاف
لا بالاحداث وقدر الفائت لا بجراحته فات حقيقة فلم يتلف بصنعه اصلا لعدم
قصور السراية في الفائت فيسقط عنه فاما الفائت بالنقصان من حيث
الشعر فائت من كل وجه دون وجه فلم يخرج فعله من ان يكون موجبا للاتلاف
بالاحتمال ثم فرق في نقصان البدن بين الجراحة وبين الاحداث فانه لو اخذ صيد

الجرم

الجرم او صيدا مملوكا للغير ثم فات جزء لا بفعله لا يطرح عنه ضمانه والفرق ان
الضمان هنا يجب بالاحداث وقد دخل كل المأخوذ في ضمانه الى غاية الرد ولم يوجد الرد
فيما فات فاما هنا الصيد لم يدخل في ضمانه بالجرح ولهذا لو تلف كله لا بصنعه
لا يضمن شيئا من القيمة بل الصيد في حقه بحال يضمن قيمته بالاتلاف لا الاتلاف فاما يعتبر
فعله او اثر فعله وهذا الجزء ما فات بعين فعله ولا باثر فعله فلا يضمن ولو جرحه
وكفر عنه وادى عنه الجزاء ثم ازدادت قيمته في الجرم من بدن وسعر ثم مات
غرم الزيادة كما كان يضمنها قبل التكفير لان المعنى يجمع الحالين وهو تلف المحل مع الزيادة
بفعله لانه تلف باثر فعله ولو ابتدأ الاتلاف في هذه الحالة يضمن الاصل مع الزيادة
فكذا هنا وهذا لانه لم يملك الصيد باداء الجزاء لانه في موضع لا يملك الصيد فيه بالضمان
وهو الحرم ولهذا لا يملكه بالشرى ولو قبض يجب عليه ارساله فان عطب في يده بعد
حرام لجنايته على الصيد بالثبات يده عليه وانه ابلا فيملك لمعنى الصيد به معنى
فصار الصيد في حقه بمنزلة الخمر فاذا لم يملكه لم يبرأ عن الضمان ولو رمى الحلال
من الحرم صيدا في الحل فجرحه وقيمته يوم جرحه عشرة فزادت حتى صارت
خمسة عشر من سعر او بدن ثم مات الصيد فعليه قيمته يوم هذا وما لو كان
الصيد في الجرم سواء لما ذكرنا ان الصيد كما يصير امنا بدخوله في الجرم يصير امنا
بدخول الصائد في الجرم ولو فدى بعد الجرح بعشرة ثم ازدادت في الحل من بدن
او شعر لم يغرم من الزيادة شيئا اما جواز التكفير لان سبب الوجوب الجناية فاذا ادى
الواجب بعد تقرر سبب الوجوب فاذا تم الوجوب بذلك السبب جاز المؤدى.
كالتكفير بعد الجرح في قتل المسلم وكذا المحرم اذا كفر بعد الجرح قبل الموت فرق
هنا بين عدم التكفير وبين التكفير وسوى في المسألة الاولى وانما كان كذلك لان تلف
الزيادة من اثار فعله فمتى لم يصر اصل الفعل ممحوا بالتكفير صار فالاثر الى ذلك الفعل
فيضمن الزيادة ومتى صار ممحوا بالتكفير لا يمكن اضافة الاثر الى ذلك الفعل لانه لم يبق
ذلك الفعل فينقطع الاثر عن ذلك ويجعل كان هذا الاثر وهو تلف الزيادة حصل
بفعل اخر ابتداء بعد التكفير فنظر الى محل الفعل والاثر ان وجد الاثر في الحرم
يضاف تلف الزيادة الى فعل باشر في الحرم لانه في نفسه بحال لو انشأ الفعل
فيه يضمن وان وجد الاثر في الحل يضاف تلف الزيادة الى فعل باشر في الحل لانه لم يباشر
الفعل حقيقة بعد التكفير وانما يوجد ضرورة وجود الاثر حتى يمكن اضافة الاثر الى

النجل فيصير الفعل موجودا في المحل الذي ظهر فيه الاثر ففي المسئلة الاولى حصل بلف
الزيادة في الحل فاضيف الى فعل باشر في الحل فلا يضمن ولانه ملكه الصيد باداء الضمان
هنا لان الصيد في موضع يملك بالضمان وصوا الحل واذا ملكه بالزيادة بعده لكنه صلت
بملكه فلا يكون مضمونا عليه كما في الصيد المملوك وهذا على اصل ابي حنيفة رحمه الله مستقيم
لانه روى الحسن بن زياد رحمه الله ان المتبايعين اذا كانا في الحرم والصيد في الحل جاز
البيع كذلك هنا اذا ادى ضمانه وجب ان يصير ملكا له واما على اصلهما يجوز ان يقال لم يملك
الصيد وعليه ضمان الزيادة لانه لا يملك بالعقد فلا يملك بالضمان ايضا ويجوز ان يقال لا يضمن الزيادة
لان الملك وقع حكما لا قصدا وقد صح وجوب الضمان عليه فصح وقوع الملك له كما في المغصوب
الابق او الهالك ولو جرح المحرم الصيد ولم يغب عنه ثم رآه بعد ذلك فقتله فعليه كفارة
اخرى لانه صيد على حاله بعد الجرح الاول وقد انتهى حكم ذلك الجرح بالتكفير فقتله الان
جناية اخرى مبتداة فيلزمه الكفارة وان لم يكفر في الاولى فلا شيء عليه للاولى اذا كفر في
الاخرى بقيمة صيد مجروح لان الفعلين جناية في اجرام واحد على محل واحد فيكون
بمنزلة فعل واحد فلا يجب الا كفارة واحدة وهذا لان حكم الفعل الاول قبل التكفير باق
فيجعل الثاني اتماما له كما في الجنايات على الحر من جنس واحد قبل البرء فاما بعد
التكفير فقد انتهى حكم الفعل الاول فيكون الثاني جناية مبتدأ كما في الجنايات على الحر
بعد تخلل البرء ولو كفر للاخرى بقيمة صيد مجروح يلزمه ما نقصه الجرح الاول ايضا
لان ما فات بالجرح الاول لم يدخل في الضمان وان جرح صيدا في الحل وهو حلال فدخل
الحرم ثم مات فيه لم يكن عليه جزاء لان فعله وقت الجرح كان مباحا مطلقا والسراية
اثر الفعل فاذا لم يكن اصل فعله موجبا للجزاء لا يكون اثره موجبا كمن جرح مرتدا
فاسلم ثم مات وفي العتابية لا باس باكله لان فعله كان مذكيا له موجبا للحل حتى لو
مات منه في الحل يحل تناوله ولكنه كره اكله استحسانا لان حكم التناول حكم يثبت
عند زهوق الروح وعنده كهو صيد الحرم فاعتبار هذا الجانب يحرم التناول واعتبار
جانب الجرح يبيح فترجح الجانب المحرم احتياطا ولو ضرب المحرم عين الصيد فابيضت
ثم زال عنه البياض او قلع سنه او نتف ريشه ثم نبت او جرحه فاندمل بحيث لا
يبقى له اثر لا شيء عليه في قول ابي حنيفة رحمه الله لان النقص قد ارتفع مشاهدة فصار كان
لم يكن والضمان لو وجب انما يكون يجب بسبب النقص فاذا ارتفع لا يجب كتشريع الحاد لا معنى
وقاسا بالضمان الواجب في حق العباد فان ذلك يسقط اذا لم يبق للفعل اثره في المحل

وثم

وقال ابو يوسف يلزمه صدقة باعتبار ما وصل اليه من الالم لان بالاندمال والنبات
لم يتبين ان الالم لم يصل اليه والنقص وان ارتفع بغير صنعه فلا يخلو جنايته عن موجب
ضمان المحل وان سقط لارتفاع النقص لكن ضمان فعله وجنايته يجب لان فعله ما
انعدم وقد روي عن ابي يوسف اعتبار الالم ايضا في الجناية على حقوق العباد حتى اوجب على
الجاني من الدواء واجرة الطبيب الى ان يندمل ما جلا الجرح طبية من الحرم فعليه
ردها لانها صيد الحرم من وجه فعليه ردها ايضا الى الامن المستحق فان لم يرد ضمن
الجزاء وان ارسله في الحل فعليه جزاؤه لانه ما اعاده امنا كما كان فان الامن كان ثابتا
له بسبب الحرم فما لم يصل الى الحرم لا يعود اليه ذلك الامن فلا يخرج الجاني من عهدة فعله
كالغاصب اذا رد المغصوب على غير المغصوب منه الا ان يحيط العلم بانه يصل الى
الحرم سالما مستفيدا عن جزائه كما اذا وصل المغصوب الى يد المغصوب منه فلو ولدت
عنده قبل ان يحل او بعدما حل ثم ذبحها وولدها في الحل او في الحرم فعليه جزاؤهما لانه
حين اخرجها وجب عليه ارسالها لازالة جنايته وذلك حق مستحق عليه في الحل شرعا فيسري
الى الولد ويجب عليه ارسال ولدها معها وما كان من الحق المستحق على العين او في المحل
لا يرتفع بخروجه عن الاحرام فاذا ذبحهما فقد فوت الحق المستحق فيهما شرعا فلهذا وجب
عليه جزاؤهما الا ترى انه لو كان الصيد مملوكا لغيره كان الرد مستحقا عليه فيهما لحق المالك
ولو ذبحهما يلزمه قيمتهما كذلك هنا وكذا المحرم اذا اصطاد ظبية فولدت عنده او ازداد
في بدن او شعر فان لم يرد حتى ماتت مع ولدها في يده ضمن قيمتها زائدة وقيمة ولدها وكذا
لو ارسلهما وماتا قبل الوصول الى الحرم لانه فوت الامن عن صيد مستحق للامن وهو الولد لان
استحقاق الامن كان ثابتا للام فيثبت للولد بطريق السراية والتبعية كالتدبير والكتابة
والاستيلاد والرهن وباثبات اليد عليه صار مفوتا للامن عليه فيضمن بخلاف ولد المغصوبة
اذا هلك في يد الغاصب والفرق وهو ان ضمان الغصب بازالة يد المالك باثبات اليد
العادية على المحل لا باثبات اليد لان المناسب لايجاب الضمان ازالة اليد لان الاموال
تحفظ بالايدي فازالتها جاز ان يكون سببا للضمان اما اثبات اليد على المحل سبب
لحفظه فلا ينافي سبب وجوب الضمان فلا اثبات وان كان ملازما للازالة والازالة ملازمة
للاثبات وهما امران متلازمان الا ان الحكم يضاف الى الوصف المناسب كما ان الحكم المعلق
بالشرط يلازم وجود الشرط لكن يضاف الى المناسب وهو السبب لا الشرط واذا كان سبب
وجوب ضمان الغصب ازالة اليد ولم يوجد هذا في الولد لا يجب الضمان اما ضمان الصيد

انما يجب لمساث اليد عليه فان وجوبه بتفويت معنى الصيد به ولا معنى الثابت له
بالحرم ومعنى الصيد به في نفوره واستيحاشه وبعده عن الايدي فيكون اثبات اليد
عليه اتلافا لمعنى الصيد به فيه حكما وقد تحقق ذلك في الولد فوجب انه الجنى في
صيد الحرم للشرع والشرع يطالبه برد الاصل مع ولده الى مامنه فاذا لم يرد الى ان
هلك وجد منه المنع بعد الطلب من صاحب الحق حتى لو منع الولد بعد طلب المغصوب
منه ثم هلك يضمن ايضا وعلى هذا الطريق نقول اذا هلك الولد قبل تمكنه من الرد الى الحرم
لا يضمن وعلى الطريق الاول هو ضامن ولان في الصيد الولد مضمون اصلا لانه فوت الامن
المستحق للولد عن الولد اصلا لان الام استحقت الامن في الحرم تعظيما واحتراما لها
لاجل الحرم فصار التعظيم والاحترام وصفا ثابتا للام فتسري الى الولد بحكم الحرمة
والاتصال كالرق والحرية فلا يبطل ذلك الحق بالانفصال كسائر الاوصاف فيحدث الولد محترما
فاذا اخرجها من الحرم فقد فوت الامن المستحق عن الولد اصلا فيكون مضمونا اصلا وهنا
لا يمكن ايجاب الضمان بطريق الاصالة ولا بطريق التبعية لان الوصف الثابت للام يسري
والغصب ليس بوصف ثابت للام لانه فعل الغاصب ولانه فعل حقيقي والافعال
الحقيقية لا تسري الى الاولاد وان تعلق بها حكم شرعي وبوصف الاصل بها كالجارية اذا
جنت ثم ولدت لا يجب دفع الولد معها وكذلك حكم الغصب ليس بوصف ثابت للام لانه
ان كان حكمه حكم وجوب الرد فهو فعل وجب على الغاصب ولا تعلق له بالام لدفع الجار
بالجناية وان كان حكمه وجوب القيمة فوجوب القيمة لا يصلح وصفا ايضا لان الوجوب
على الغاصب ولان وجوب القيمة عند فوات الام ولو كان وصفا ثابتا للام لما وجبت
لان الوصف يستدعي وجود الموصوف لا فوات الموصوف فاذا لم يكن هذه الاوصاف
صفة للام لا تسري الى الولد والمضمونية ليست صفة للام لان الضمان في ذمة الغاصب
لا في الام الا انه يوصف العين به مجازا كما يقال فلان مغصوب عليه والغصب
صفة للغاصب ولان ضمان الغصب معتبر بالمثل ويعتبر قيمته يوم الغصب ولا
مماثلة بين الضمان وبين الولد لانه لم يكن موجودا وقت الغصب لم يوجد الازالة ولا
الاثبات فان ازالة يد على قدر الضمان ازالة ما هو منتفع في الحال حقيقة من غير اثبات يده
وانه لا يجوز وان كان موجودا لم يوجد الازالة من حيث الحقيقة لانعدام اليد حقيقة فلا
مماثلة ولو اوجبنا عليه القيمة يوم الغصب فيبطل فيه ضمان الولد ضرورة ولا يضمن قيمة
اخرى بالانفصال هذا هو قضية القياس في الصيد ايضا الا انا تركنا القياس ثمة لان معناه

ولدامر

على التغليظ على ما ذكرنا الا ترى انه تغرم زيادة الشعر في الصيد ولا يغرم في الغصب فكذا
الزيادة المنفصلة ولو لم يلد حتى ادى الجزاء ثم ولدت او ازداد شعرها بعد اداء الجزاء لم يكن
عليه في الولد والزيادة شيء لان الام انما بقيت صيد الحرم مع انها في الحل لانها انما صارت
صيد الحل باخراجه وانه محرم مستحق النقض وبالتكفير صار الاخراج الذي هو تعدي
محموا فلم يبق الاخراج مستحق النقض فلا تبقى الام صيد الحرم فلم يكن الولد صيد الحرم
ولانه ملكها باداء الجزاء فالولد بعد ذلك حدث على ملكه كما قلنا في الزيادة المتصلة ولو
ان هذا الحلال باع الظبية بعدما اخرجها او ذبحها واكلها جاز بيعه ولم يكن بالاكل باس
لانه ملكه بالاستيلاء القائم عليه بعد الاخراج وانه مباح في نفسه وضارّ لو اخذ
ابتداء فهذه الجملة اكثر ما في الباب انه تعلق به حق الله تعالى لا يمنع جواز البيع كما اذا باع
مال الزكاة بعد الحول وباع شاة الاضحية والجزاء تعلق به منه لا بالعين ولهذا يبقى بعد
هلاك العين ولان الجاني والمعقود عليه في موضع يجوز البيع وهو الحل ولانه بالاخراج صار ضامنا
قيمته فصار بمنزلة الغاصب اذا باع وضمن قيمته نفذ بيعه الا ان الفرق بينهما ان في الغصب
لا ينفذ بيعه ما لم يضمن المغصوب منه وهنا يجوز بيعه قبل اداء الضمان لان في الغصب
المغصوب منه بالخيار ان شاء ضمن الغاصب وان شاء ضمن المشتري ان كان هالكا وان شاء اخذ
اجاز البيع وان كان قايما ويسقط الضمان عن الغاصب اما هنا ليس لا يسقط الضمان عنه
بوجه ما ولا يتصور عدم وجوب الضمان عليه فلهذا جاز بيعه قبل الضمان ولكن يكره له ذلك لانه
صيد الحرم من وجه ولو رخص في ذلك لتطرق الناس الى اخذ صيد الحرم وانه حرام وفيه
افناء صيد الحرم ويحل كلها لان الصيد في الحل والذابح في الحل وهو اهل للذكاة الا انه يكره
لما ذكرنا ولو قبضها المشتري ثم ازدادت من شعرها وبدنها او ولدت ثم ماتت هي
واولادها ان كان قبل التكفير ضمن البايع قيمة الام والزيادة لانه سلط المشتري على
اثبات اليد على الاصل والزيادة فيصير مفوتا الامن على الزيادة فلا فرق بين ان يحصل الزيادة
في يده او في يد المشتري ولانه ازداد في يد المشتري قبل ان يتم ملكه وقبل ان ينقطع حق
الله تعالى ولو فداها قبل الولادة لم يكن عليه في الزيادة شيء لانه انقطع عنه حق الله تعالى
كما لو حصلت الزيادة في يده بعد التكفير محرم جرح صيدا في الحل ثم حل من احرامه ثم ازداد
قيمته من شعرها وبدنه ثم مات من الجراحة يضمن ما نقصته الجراحة وقيمته يوم مات
لانه جرح صيدا آمنا لما ذكرنا ان الصيد كما يصير آمنا بكونه في الحرم يصير آمنا باحرام الصايد
وقد تزلزل عنه حق الله تعالى فيسري الى الحادث ولا يبرا من ذلك بخروجه من احرامه كما لا

وهو الرد
تعلق

بيرا باخراج الصيد من الحرم ولو ادى الجزاء ثم ازدادت ينظر ان ادى بعد ما حل لم يكن
عليه في الزيادة شيء لان في الوجه الاول تلف الزيادة اضيف الى فعل انشاه في حالة الاحرام
لان ذلك الفعل لم يصر مجزوا وفي الوجه الثاني تلف الزيادة مضاف الى فعل انشاه بعد التكفير
وبعد التكفير هو حلال فلا يضمن كما لو انشاء الفعل في هذه الحالة وان ادى قبل خروجه من
الاحرام فمات في يده بعد التكفير غرم قيمته مستقبلة وان كانت زايدة غرم قيمتها زايدة
لان اصل الفعل لما صار مجزوا بعد التكفير بقي التلف مضافا الى فعل انشاه بعد التكفير
وهو الامساك لانه فعل ممتد والدوام على ما يستدام بمنزلة الانشاء فصار كانه
اخذه ابتداء بعد ما كفر فيعتبر جناية مبتداة وهو محرم في هذه الحالة بخلاف ما اذا حل
ثم كفر لان بعد التكفير هو حلال فيصير متلفا بفعل انشاه بعد التكفير وهو حلال
ولانه اذا حل ثم كفر صار وقت التكفير من اهل ان يملك الصيد بالضمان فملكه
لان الصيد في موضع يملكه فالزيادة حصلت على ملكه فصار كالحلال اذا اخرج الصيد
وادى الجزاء ثم ازداد بخلاف ما اذا ادى الجزاء وهو محرم فان قيل لم قلت ان المقيد
يملك بالجزاء قلنا نعني به انه يملك بالجزاء في حق الله تعالى لا في حق العباد حتى لو
جرحه انسان اخر فليس للاول ان يضمنه ولو اخذه الثاني فهو له للذي في حق الله تعالى
جعل كالمالك لان باداء الجزاء انقطع حق الله تعالى والصيد صار بحال لو قتله ابتداء لا
يجب عليه شيء فبسراية الجناية اولى لانه لا يكون اقوى من الابتداء ولو صاد المحرم
صيدا وادى جزاءه ثم حل من احرامه والصيد في يده فمات فعليه قيمته لما ذكرنا
انه لم يملك الصيد والامساك له دوام ولو جرحه وهو حلال في الحرم فادى جزاءه
فلم يزدد قيمته حتى مات من ذلك لم يكن عليه شيء اخر غير القيمة الاولى ١٢ الكتاب
ولا يشبه امساكه وهو محرم امساكه اياه وهو حلال بعد الفداء من الجناية عليه اذا
ازداد يعني لا يشبه الامساك الجناية ولو ادى الجزاء وهو ممسك وهو محرم او حلال
في الحرم فعليه قيمته مستقبلة لما ذكرنا بخلاف الجناية لانه لم يوجد بعد الفداء بسبب
يجب به الضمان والسراية استندت الى وقت الجناية فصار كانه قتله وقت الجناية
فلا يجب الا ما ادى ٥ رجل وجبت بدنة على نفسه وقلدها وبعثها او تطوعا
او جزاء صيد ثم باعها جاز بيعه وعليه مثلها وروى خلف بن ايوب عن ابي يوسف رحمهما
الله انه لا يجوز لانه لما جعلها لله تعالى فقد ابطل ملك نفسه فالتحق بالمسجد والتدبير وام
الولد والوقف والدليل على انه ثبت فيها حق الله تعالى انه يسري الى الولد والحق القايم

لمنع

يمنع البيع لما فيه من ابطال ذلك الحق وعلى هذا الخلاف اذا وهب رجل الاضحية بدنة فقلدها
فرضا او تطوعا ثم اراد الواهب ان يرجع فيها فله ذلك في ظاهر الرواية وروى المعلى عن ابي يوسف
رحمه الله انه ليس له ذلك وجه ظاهر الرواية ان العين ملكه من كل وجه والواجب عليه
اقامة الفعل في هذا المحل فيتعين هذا المحل محلا لاقامة الفعل الواجب عليه فيثبت
له نوع احترام حتى يكره الركوب والانتفاع فهذا تفسير الحق ويثبت ذلك في الولد تبعا
لكن بهذا لا يزول ملكه فلا يمتنع بيعه لكن يكره بخلاف الرهن والتدبير والاستيلاد
لان الحق فيه للعبد واتخاذ المسجد تحرير وازالة عن الملك ولان ايجاب العبد معتبر
بايجاب الله تعالى وما يجب لله تعالى لا يمنع النقل والتحويل كما في نصاب الزكوة ولهذا
لو وهب النصاب من رجل وحال الحول في يده ثم اراد الواهب ان يرجع فيها له ذلك
بالاجماع وان تعلق به حق الله تعالى وقد ذكرنا هذا في الزكاة واذا جاز بيعه كان عليه مثلها
لان هذا المحل تعين لاقامة قربة هي حق الله تعالى فان لم تعين مكانها اخرى حتى زادت
البدنة في بدن او سعر او ولدت فعليه مثلها زائدة ومثل ولدها ولو اخرج مكانها
اخرى قبل الزيادة المنفصلة والولد لم يكن عليه في الزيادة والولد شيء لان في الوجه الاول
لم ينتقل حق الله تعالى الى مثله فبقي متعلقا بعينها فالحق اثرها به ويثبت هذا الحكم
في الزوايد كما قبل البيع وفي الوجه الثاني استقل الحق الى بدلها وفرغ الاول عن الحق فلا
يسري الى الزوايد ٥ والله اعلم

باب الصيد يجني عليه الحلال في الحرم والاحرام

٥ اصل الباب ان ما يجب على الحلال بالجناية على صيد
الحرم بدل الصيد ومعنى التكفير تابع ولهذا لا يتادى بالصوم وما يجب على المحرم بالجناية
على الصيد كفارة سواء كان صيد حل او صيد حرم وان كان فيه معنى البدل من وجه
ولهذا يتادى بالصوم وانما كان كذلك لان في الحلال يجب الامن للصيد وصار الصيد
محرما ولهذا يتحقق الحرمة بالمحل وحرمة الفعل بناء على حرمة المحل اذا كان المحل اصلا
كان الواجب بدلا عن المحل مقصودا وصار الصيد في حقه كالشجر اما في حق المحرم المحرم
هو الفعل وهو الجناية على المحل مقصودا ولهذا عم الاماكن لعموم الفعل والمعنى فيه
ان الموجب لحرمة القتل على المحرم قوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم اضاف الى
الفعل فصار الفعل محرما ثم ثبت الحرمة للصيد ضرورة تحريم الفعل اما الموجب
للحرمة في حق الحلال قوله عليه السلام لا ينفر صيدها وقوله تعالى اولم يروا انا جعلنا
حرما آمنا فقد اضاف الحرمة الى المحل فيثبت الحرمة للمحل اصلا والفعل تبعا لما

في الشجر ونحو والعقد فيه ان المحرم كما هو جان على الصيد المتقوم بالبدل فهو جان على
احرامه بارتكاب محظوره فيجب عليه البدل والكفارة اما الحلال فهو جان على المحل لا على
الاحرام فلا يجب عليه الا بدل المحل وجه اخر ان الشركة في الجناية توجب الاشتراك في
حكم الجناية لان الاشتراك في السبب يوجب الاشتراك في الحكم والجناية سبب وجوب
الضمان فيشتركون في الضمان غير انه شرط ان كان الفائت بالجناية جزءا فلا اشتراك
في الجناية لان كل واحد منهم منفرد بالفعل واتلاف جزء ما اتلفه احدهما لا يشاركه
الاخر فيه لان تلف ما بفعل هذا غير ما تلف بفعل الاخر فلم يشتركا في سبب وجوب
الضمان فلا يشتركان في الضمان وان كان الفائت هو الحياة فقد اشتركا فيه فيشتركان
في ضمانه ثم هذا لا يخلو اما ان كانا محرمين او حلالين او احدهما محرم والاخر حلال فان
كانا حلالين لا يجب عليهما الا قيمة واحدة لانه بدل المحل وهو واحد وان كانا محرمين فعلى
كل واحد منهما قيمته كملا لان الجناية هنا على الاحرام والمحرم هو الفعل وفعل كل واحد
منهما غير فعل الاخر وانها موجبة للكفارة حتى كان للصوم فيها مدخل والكفارة حكم لا تتجزى
والسبب لا يتجزى وهو تفويت الحياة والحكم متى تعلق بسبب لا يتجزى والحكم ايضا
لا يتجزى يثبت لكل واحد على سبيل الكمال كاحد الاولياء في النكاح لان السبب هي القرابة
وانها لا تتجزى والنكاح لا يتجزى وكذلك الامان واذا وجد من الجماعة يثبت في حق كل واحد
منهم كملا كالقصاص اذا قتلوا رجلا يقتلون لهذا المعنى ان القتل لا يتجزى والقصاص لا
يتجزى فاضيف الى كل واحد منهم كملا واظهر من هذا اذا قتلوا واحدا خطا فعليهم دية
واحدة اعتبارا للمحل لان الدية بدل المحل وانه واحد وعلى كل واحد كفارة على حدة لان الكفارة
لا تتجزى فان بعض الكفارة ليس بكفارة والسبب لا يتجزى وهو القتل فاضيف الى كل واحد
منهم كملا في حق الكفارة وكذا الامة المشتركة اذا ولدت ولدا فادعياه معا يثبت نسبه
منهما ولا ينفرد احدهما بالتصرف في الملك لان السبب لا يتجزى وهو الانخلاق من الماء لكن التصرف
في الملك يتجزى وينفرد كل واحد منهما بالنكاح لا يتجزى فيثبت لكل واحد منهما على سبيل
الانفراد وان كان احدهما محرما والاخر حلالا يجب على الحلال نصف القيمة لانه في حقه بدل
المحل فجعل كان الاخر حلال او على المحرم جميع القيمة لانه جزاء الفعل وفعله كامل وهذا كله
مذهبنا وعند الشافعي رحمه الله المعتبر اتحاد المحل وتعدده لا تعدد الفاعل ولهذا قال
لا جزاء على الدال لعدم اتصال فعله بالمحل وقاس بصيد الحرم في حق الحلال وبحقوق العباد
فان الصيد اذا كان مملوكا لا يجب عليهم الا قيمة واحدة لصاحبه وكذا في حق الله تعالى ونحن

ما

ما بينا ان الواجب على المحرم جزاء فعله وفعل كل واحد كامل لانه جنى على احرام كامل فيجعل
في حق كل واحد كان ليس معه غيره كالقصاص وكفارة القتل وبخلاف صيد الحرم لما
ذكرنا وهو ان الجناية هنا على حرمة الاحرام واحرام زيد غير احرام عمرو وهناك المعتبر حرمة
الحرم وهي متحدة في حقهم وضمان حقوق العباد وجوبه بطريق الجبران ودفع الضرر وذلك
يحصل بايجاب بدل واحد وما يجب لحق الله تعالى لا يكون بطريق الجبران لان الله تعالى يتعالى
ان يلحقه خسران ليكون ما يجب جبرانا وجه اخر ان القارن عندنا يطوف طوافين
ويسعى سعيين واذا قتل صيدا يلزمه جزاءان لانه يصير جانيا على احرامين وعند الشافعي
رحمه الله يلزمه جزاء واحد لاتحاد المحل فعنده احرام العمرة يدخل في احرام الحج ولهذا قال
يطوف طوافا واحدا وعندنا لا يدخل احدهما في الاخر فان القران ينبئ عن الضم والجمع دون التداخل
فيصير جانيا على احرامين ثم قال الشافعي رحمه الله احرام العمرة في حكم التبع لاحرام الحج
ولهذا يتحقق الجمع بين النسكين اداء والاصلان لا يجتمعان اداء كالحجتين والعمرتين
واذا كان تبعا لا يظهر مع الاصل كحرمة الحرم مع حرمة الاحرام فان المحرم اذا قتل صيدا في
الحرم لا يلزمه الا جزاء واحد لكون حرمة الحرم دون حرمة الاحرام فلا يظهر اثره مع حرمة
الاحرام لكنا نقول كل واحد من الاحرامين اصل مثل صاحبه لان كل واحد منهما يعم البقاع كلها
فلا يكون احدهما تبعا للاخر بل يعتبر كل واحد منهما في ايجاب موجبه كانه ليس معه صاحبه
كما ان حرمة الجماع بسبب الصوم وعدم الملك اذا اجتمعا بان زنا الصائم في رمضان يجب
عليه الحد والكفارة جميعا وكذلك حرمة الخمر ثابتة لعينها وتثبت باليمين ايضا حتى لو شرب
يلزمه الحد والكفارة بخلاف حرمة الحرم فانه دون حرمة الاحرام الا ترى انه لا يعم البقاع
كلها وانه لا بد من اعتباره في حق المحرم فانه لا يستغني عن دخول الحرم فاذا كان في حكم التبع
لم يعتبر في حق المحرم ولانه لا مقصود هناك سوى وجوب ترك التعرض للصيد
وذلك حاصل في حق المحرم باحرامه ولانه لا مقصود هناك سوى وجوب ترك التعرض
للصيد وذلك حاصل في حق المحرم باحرامه فلا يزداد بالحرم في حقه فاما هنا العمرة
يعقد لمقصود سوى ترك التعرض لا كذلك حاصل في حق المحرم باحرامه فلا يزداد بالحرم في حقه
فاما هنا العمرة تعقد لمقصود سوى ترك التعرض للصيد فوجب اعتباره في حق المحرم
بالحج كما يجب اعتباره في حق غير المحرم بالحج وجه اخر ان اتلاف الصيد سبب لوجوب
الضمان وكذا امساكه الى ان مات في يده غير ان الاتلاف على نوعين حقيقي كالقتل وحكمي
وهو ان يفعل فعلا يخرجه عن حد الصيدية وهو التنفير والتوحيش والاتلاف الحكمي

بمنع الاتلاف الحكمي من الوجه الذي هو مثلف لان اثبات الثابت محال الا بمنع الاتلاف الحكمي
من وجه آخر كالحر اذا فقئت عيناه يكون اتلافا حكما حتى يجب كمال الدية فلو قطعت
يداه يكون اتلافا ايضا حتى يجب كمال الدية والاتلاف الحكمي لا يمنع الاتلاف الحقيقي لبقاء آيه
متقوما بعد الاتلاف الحكمي كالحر اذا فقئت عيناه ثم قتله آخر اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه
الله حلال جرح صيدا في الحرم ثم ان حلالا آخر جرحه جرحا آخر فمات منهما فهذه المسئلة
على اربعة اوجه اما ان تكون الجراحتان مستهلكتين ولا يكونا مستهلكتين او يكون
الاول مستهلكة دون الثانية او على العكس ومعنى الاستهلاك ان يخرجه عن حيز التوحش
والامتناع لقطع القوائم والاجنحة واليدين والرجلين او احدى اليدين او احدى الرجلين
او احدى الجناحين وفقء العينين اما اذا كانتا غير مستهلكتين فعلى الاول ما نقصه جرحه
صحيحا وعلى الثاني ما نقصه جرحه وبه الجرح الاول وما بقي من قيمته فعليهما نصفان لان الاول
نقص المحل الصحيح بفعله وتفرد باتلاف ذلك فيتفرد بضمانه والثاني تفرد باتلاف جزء وهو
مجروح بالجرح الاول فيضمن ما نقص بجراحته ثم الباقي تلف بجنايتهما لاشتراكهما في اتلافه
باثر فعلهما فيجب عليهما ذلك فان قيل يجب ان يلغو هذا التكلف ويضمن الاول نصف قيمته صحيحا
يوم جنى لان فعله صادفه وهو صحيح والثاني نصف قيمته مجروحا بالجرح الاول يوم جنى هو
ايضا لانه صادفه وهو مجروح بالجرح الاول قيل له انما صرنا الى التضمين على هذا الوجه احتياطا
لان الصيد اذا كان يساوي عشرة وانتقص بجرح الاول درهمين يلزمه ذلك ثم انتقص بجرح الثاني
مثلا درهم فيلزمه ذلك فبقي سبعة عليهما على كل واحد منهما ثلثة ونصف فيصير على الاول
خمسة ونصف وعلى الثاني اربعة ونصف ولو ضمن الاول نصف قيمته صحيحا يضمن خمسة والثاني
يضمن اربعة لان قيمته صحيحا عشرة وقيمته يوم جرحه الثاني ثمانية فكان الاحتياط
في التضمين على هذا الوجه حتى لا يسقط شيء من الضمان الواجب بالاتلاف ولا يجب على الثاني
ضمان ما تفرد الاول باتلافه ولو ازداد بين الجنايتين او بعدهما فعلى الاول ما نقصه جرحه
وهو صحيح وعلى الثاني ما نقصه جرحه وبه الجرح الاول ثم قيمته يوم الموت زايدة عليهما
نصفان لما ذكرنا ان الزيادة هنا مضمونة وان كانتا مستهلكتين بان قطع الاول يده او رجله
ثم قطع الآخر يده او رجله الاخرى ثم مات منهما فعلى الاول كمال قيمته صحيحا يوم جرحه وعلى
الثاني ما نقصه جرحه وبه الجرح الاول ونصف قيمته وبه الجراحتان اما الاول فلانه اتلف
الصيد معنى لانه فوت عليه المشي ان كان يمشي او الطيران ان كان يطير بقطع احد جناحيه
فصار مستهلكا للحال معنى وفعله صادفه وهو صحيح فيضمن كمال القيمة صحيحا مات او لم يمت

فعله صح

علاف

بخلاف المسئلة الاولى لان ذلك الفعل ليس باستهلاك للحال وانما يصير استهلاكا باتصال السراية
به واما الثاني فلانه تفرد باتلاف هذا الجزء وبه الجراحة الاولى وفعله لم يقع اتلافا لان
الاستهلاك الحكمي لا يرد على الاستهلاك الحكمي عند اتحاد الجنس كالاستهلاك الحقيقي على الاستهلاك
الحقيقي فيجب عليه النقصان لانه بعد الاستهلاك الحكمي بقي صيدا بحرم حرام التعرض
فيضمن ثم صارا شريكين في اتلاف الباقي الا ان الاول ضمن جميع القيمة مرة فلا يضمن ثانيا
والثاني ضمن النقصان دون القيمة فيضمن نصف قيمته يوم الموت ولو ازدادت قيمته
بين الجنايتين فعلى الاول ما نقصته جنايته وقيمته زايدة وبه الجناية الاولى يريد
انه يجب عليه كمال قيمته زايدة لانه لما ضمن كمال قيمة الاصل بخلاف المسئلة الاولى لانه لم
يضمن كمال قيمة الاصل فلا تصير الزيادة للحال وانما يصير القيمة يوم الموت فيضمن الزيادة ايضا
يوم الموت وعلى الثاني ما نقصته جنايته من قيمته زايدة ونصف قيمته يوم مات وبه
الجنايتان وهذا كله اذا كانت الجناية الثانية من جنس الجناية الاولى فان لم يكن من
جنس الجناية الاولى بان قطع الاول يده او رجله ثم الثاني فقأ عينيه يضمن الثاني جميع قيمته
وهو مقطوع اليد او الرجل في الحال لان المتلف حكما يتصور اتلافه حكما بتفويت جنس
منفعة اخرى والثاني فوت منفعة اخرى وهو منفعة البصر فصار متلفا له حكما وهو
ناقص فيضمن جميع قيمته يوم الجناية كما لو قطع يدي عبد ضمن كمال القيمة فلو فقأ آخر
عينيه ضمن كمال قيمته وهو مقطوع اليدين كذلك هنا اما اذا الثانية من جنس الاول فالثاني
لم يتلف جنس المنفعة فيضمن النقصان وان كانت الاولى غير مستهلكة والثانية
مستهلكة بان قطع الثاني يده او رجله فعلى الاول ما نقصه جرحه ونصف قيمته يوم مات
وهو مجروح بالجراحتين وعلى الثاني جميع قيمته وهو مجروح بالجرح الاول اما الاول فلان
النقصان وهو صحيح حصل بفعله وفعله ليس باتلاف لا حقيقة ولا حكما والموت
حصل بجنايتهما فيضمن نصف قيمته وبه الجنايتان واما الثاني فلانه فوت عليه
جنس المنفعة فصار متلفا حكما وبه الجرح الاول فيضمن قيمته مجروحا بالجرح الاول
فان زادت قيمته بين الجنايتين فعلى الاول ما نقصته جنايته يوم جنى ونصف قيمته
يوم مات وبه الجنايتان وعلى الثاني ما نقصته جنايته يوم جنى وقيمته زايدة يوم
مات وبه الجنايتان هذا وتمام قيمته زايدة مجروحا بالجراحة الاولى سواء وكذلك لو
كانت الزيادة بعد الجنايتين لما قلنا ولو كانت الجناية الاولى مستهلكة والثانية
غير مستهلكة فهذا وما لو كانتا مستهلكتين والجنس واحد سواء ولو ان الاول

ضمن الزيادة صح

كانت صح

قطع يد أو رجله ثم قتله آخر فعلى الأول قيمته ميتة صحيحاً وعلى الثاني قيمته وبه مجروحاً
الجناية الأولى لأن الأول أتلفه معنى وهو صحيح والثاني أتلفه حقيقة وهو مجروح بالجرح الأول
والإتلاف الحكمي لا يمنع الإتلاف الحقيقي فيضمن كل واحد منهما ما أتلفه كما لو فقأ عيني عبد
وضمن كمال القيمة ثم قتله آخر ضمن الأول كمال القيمة صحيحاً والثاني قيمته وهو مفقوء
العينين هذا هو الكلام في الحلالين ثم أعاد محمد رحمه الله هذه المسائل في المحرمين على هذا
الترتيب فقال محرم جرح صيداً جرحاً لا يستهلكه ثم جرحه محرم آخر مثل ذلك كما الجرح
فمات الصيد منهما فعلى كل واحد منهما تمام قيمته وبه جناية صاحبه هذا لفظ الكتاب
والصحيح واللفظ الذي ذكرنا في المسائل المتقدمة أظهر وهو أن يقول يضمن الأول ما نقصته
جراحته وهو صحيح وضمن الثاني ما نقصته جراحته مجروحاً بالجراحة الأولى وعند الموت
يضمن كل واحد منهما كل القيمة مجروحاً بالجراحتين فيكون هذا وما قال في الكتاب أنه يضمن
الأول كل قيمته وبه الجراحة الثانية والثاني يضمن كل قيمته وبه الجراحة الأولى سواء
في المعنى فرق بين الحلالين وبين المحرمين إذا جرحا الصيد على هذا الوجه ومات فإن في
الحلالين يضمن كل واحد منهما نصف القيمة وفي المحرمين يضمن كل واحد منهما تمام القيمة
والفرق ما ذكرنا أن ما يجب على الحلال بدل المحل ومعنى التكفير والجزاء تابع وما يجب على
المحرم فهو جزاء الفعل ومعنى البدل فيه تابع واستشهد محمد رحمه الله في الأصل فقال ألا ترى
أن المحرمين لو قتلا صيداً بضربة واحدة كان على كل واحد منهما قيمته كاملة ولو قتله حلالان
بضربة واحدة كان على كل واحد منهما نصف قيمته صحيحاً لأن أحدهما لم ينفرد بإتلاف شيء
من الصيد لم يشاركه صاحبه فيه فكان ذلك عليهما نصفين ولو كانا قتلاه بضربتين معاً
أو على التعاقب كان على كل واحد منهما ما نقصته ضربته وما بقي من قيمته مضروباً بضربتين فهو
عليهما نصفان لأن الضربة إذا اختلفت فقد تفرد كل واحد منهما بإتلاف جزء لم يشاركه
صاحبه فيه لأن ضربة كل واحد منهما صادف محلاً لم يصادفه ضربة صاحبه فينفرد بضمانه
ثم اشتركا في إتلاف الباقي بأثر فعلهما فكان عليهما ولم يذكر محمد رحمه الله في الأصل ولا صاحب
الكتاب ههنا أنه إذا قتل المحرمان صيداً بضربتين والجواب أنه يضمن كل واحد منهما ما
تلف بضربته وما تلف بسرايته فعليهما كان عليهما نصفان كما في الحلالين هكذا ذكر الصدر الشهيد
رحمه الله قال محمد رحمه الله في الأصل والمحرم في الحرم بمنزلة المحرم في غير الحرم يريد به أن الجزاء لا
يتضاعف على المحرم بسبب الجناية في الحرم وإن اجتمع حرمتان حرمة الحرم وحرمة الإحرام
كما يتضاعف الجزاء على القارن لاجتماع حرمة إحرام الحج والعمرة لأن حرمة الحرم وصف المكان

سر

ثبت تعظيمها للبقعة والإحرام شرع تعظيمها أيضاً إلا أن الإحرام فعله وهو طاعة فأداؤه
نادراً لكن تعظيم البقعة العظيمة بالعبادة اشتغل عما ليس بعبادة فلم تظهر حرمة
الحرم عند وجود الإحرام فيكون هذا جناية على الإحرام لا على الحرم فأما إحرام الحج وإحرام
العمرة كل واحد منهما عبادة والتعظيم بأحدهما لا يغني عن التعظيم بالآخر والتعظيم بكل واحد
منهما سواء فتكون جناية عليهما فتوجب جزاءين وهذا لأن الحكم متى تعلق بالمكان والفعل
فالمعنى أنه يجب عند كل واحد منهما فعند اجتماعهما يضاف إلى الفعل كالقتيل الموجود في
المحلة إذا عرف قاتله لا يجب على أهل المحلة شيء اعتباراً للفعل وسقط اعتبار المحل
وإذا لم يعرف القاتل يعتبر المحل محرم قطع يد صيد ثم قطع رجل آخر رجله أو يده الأخرى فعلى
الأول كمال قيمته صحيحاً وعلى الثاني كمال قيمته وبه الجناية الأولى هكذا قال في الكتاب وعلى ما
ذكرنا من القياس على الأول كمال قيمته صحيحاً وعلى الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن جميع قيمته
مجروحاً بالجراحتين وهذا وما قال في الكتاب سواء وإنما كان كذلك لما قلنا في الحلالين فلو
كانت الجناية الأولى غير مستهلكة والثانية مستهلكة فعلى كل واحد منهما قيمته وبه جناية
صاحبه هكذا قال في الكتاب وعلى ما ذكرنا من القياس على الأول ما نقصته جراحته
ثم يضمن جميع قيمته وبه الجراحتان وعلى الثاني جميع قيمته مجروحاً بالجراحة الأولى وهذا
وما قال في الكتاب سواء والمعنى فيه ما ذكرنا في الحلالين إلا أنه ثمة يجب النصف وههنا
الكل ولو كان الجارح الأول قارناً وقد جرحه جرحاً غير مستهلك ثم جرحه مفرد بالحج
جرحاً غير مستهلك أيضاً فمات من ذلك كله فعلى الأول قيمتان وبه الجرح الثاني وعلى الثاني
قيمته وبه الجرح الأول هكذا قال في الكتاب وعلى ما ذكرنا من القياس يجب على الأول ما نقصته
جراحته ضعف ما يجب على المفرد ثم إذا مات يضمن قيمتين مجروحاً بالجراحتين والثاني
ما نقصته جراحته مجروحاً بالجراحة الأولى ثم يضمن قيمته مجروحاً بالجراحتين وهذا وما
قال في الكتاب سواء وإنما يتضاعف الجزاء على الأول لأنه جنى على إحرامين لكونه قارناً
ولو كانا قارنين فكذلك الجواب إلا أنه يتضاعف على الثاني أيضاً فيلزمه قيمتان وبه
الجراحة الأولى قال في الكتاب وكل شيء وجب على المحرم فيه الجزاء في الحل أو في الحرم
جاز فيه الذبح والصدقة والصوم أراد به جزاء الصيد لأن المحرم إذا ارتكب محظوراً
يجب عليه الجزاء سوى الجناية على الصيد نحو التطيب وحلق الرأس من غير أذى ولا يجوز
فيه الصوم وإنما يتخير في جزاء الصيد بين الأشياء الثلاثة بالكتاب وهو قوله تعالى ومن
قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم الآية وما يجب على الحلال لم يجز الصوم وأجزيه

ماحم

التكفير

الصدقة والذبح لان الصوم يصلح واجبا بطريق التكفير وفي حق الحلال تابع لما
ذكرنا وهذا لان المحرم يجب عليه الجزاء المعنى في نفسه فجاز ان يقوم فعله مقامه
اما الحلال يجب عليه الجزاء المعنى في الصيد فلا يقوم فعله مقامه وروى الحسن عن
ابي حنيفة رحمه الله انه انما يجزيه الذبح عن صيد الحرم اذا تصدق باللحم وقيمة اللحم
مثل قيمة الصيد اما اذا كان دونه فعليه ان يتصدق بالزيادة الى تمام قيمة الصيد ليصير
بدلا ثم اعلم رحمه الله جنايات الحلالين وفرع عليها الزيادة بين الجنايتين فقال حلال
جرح صيدا من الحرم جرحا غير مستهلك ثم جرحه حلال اخر مثله فزادت قيمته ثم هلك
منهما ضمن الاول نقصان الجناية الاولى لتفرده به وضمن الثاني نقصان الجناية الثانية
وبه الجرح الاول لانه تفرد به وما بقي من قيمته مع الزيادة عليهما لان الزيادة مضمونة على ما
مر ولو كانت الزيادة بين الجراحتين فعلى الاول نقصان جراحته مع الزيادة وما بقي
من قيمته مع الزيادة عليهما لان الزيادة مضمونة على ما مر والشرح وان لم يكن موجودة وقت
الجراحة وفي بعض النسخ على الاول نقصان جراحته غير زايد لانها حصلت بعد جنايته
وعلى الثاني ما نقصته جنايته زايد لانها حصلت قبل جنايته وما بقي عليهما ولو كان
الاول قطع يده والثاني رجله وزاد بينهما ومات فعلى الاول ما نقصته الجراحة الاولى غير زايد
وقيمته زايد يوم مات وبه الجناية الثانية وعلى الثاني ما نقصته جنايته زايد ونصف
قيمته يوم مات وبه الجنايتان وهذا لا يشكل في حق الثاني لانه لم يتلفه قبل الموت لا
حقيقة ولا حكما لكونه تالفا بفعل الاول حكما وانما يشكل في حق الاول لان فعله اتلاف حكما
وكان ينبغي ان يجب عليه جميع قيمته يوم جنى من غير اعتبار النقصان كما ذكرنا فيما اذا لم تزد
الا ان الوجه فيه ان هنا تغير حال الصيد بالزيادة وتوفر كلها وجب عليه من الضمان فيها
قلنا لانا لو اوجبنا عليه جميع قيمته صحيحا يوم جنى وبه الجناية الثانية ادى الى
اسقاطها وجب عليه من نصف ضمان الزيادة بسبب سراية جنايته لانه حين جنى لم تكن
الزيادة موجودة فلا يدخل ضمان الزيادة بسبب سراية جنايته لانه حين جنى لم يكن الزيادة
موجودة فلا يدخل ضمان الزيادة في قيمته يوم جنى ولو قلنا يضمن قيمته يوم مات زايدة ادى
الى اسقاط ضمان ما تفرد باتلافه وهو اليد لانها مقطوعة وقت الموت فكان توفيرا
للضمان الواجب عليه في اعتبار النقصان اولا ثم قيمته زايد يوم مات وبه الجناية
الثانية بخلاف ما اذا لم يتخلل الزيادة لانه لا يؤدي الى هذا وقطع اليد اتلاف حكما فيجب
قيمته يوم القطع ولو كانت الجناية الاولى غير مستهلكة والمسئلة بحالها فعلى الاول ما نقصته

الجارح صح

ولاصح

جنايته

جنايته يوم جنى ونصف قيمته يوم مات وبه الجنايتان على ما مر وعلى الثاني ما نقصته
الجناية الثانية من قيمته يوم جنى وقيمته زايد يوم مات وبه الجنايتان فقد اعتبر
النقصان في حق الثاني وفعله اتلاف حكما وكان ينبغي ان يجب قيمته زايد يوم جنى وبه
الجناية الاولى الا ان الجواب ان هذا اختلاف العبارة اما لا اختلاف في الحكم لانه لا يسقط
في الحالين شيء من الضمان الواجب عليه بسبب جنايته وهذا كمن جرح عبد رجل
خطأ ومات ولا عاقلة له لا فرق بين ان يقال على الجاني قيمته صحيحا وبين ان يقال عليه
قيمته ما نقصته الجراحة وقيمته مجروحا كذلك هنا ولذا لو كانت الزيادة بعد الجنايتين
فعلى هذا القياس والله اعلم

باب المحرم يجرح

الصيد ثم يضيف الى احرامه احراما او يحل من ذلك ثم يحرم احراما آخر او شاركه
حلال وهو محرم بشيئين او بشيء واحد ٥ اصل الباب ما ذكرنا ان ما يجب على المحرم بالجناية
على صيد الحرم جزاء الفعل فيتعدد بتعدد الجاني وما يجب على الحلال بدل المحل فلا
يتعدد والعبرة في باب الجنايات لعدد الجناة واحكامها لا لعدد الجنايات وحرف
اخر ان اختلاف الاحرامين في ايجاب الجزاء بالجناية على صيد الحرم كاختلاف
المحرمين فتعدد الاحرام يوجب تعدد الجزاء لان السبب في الموضعين هو الجناية على
الاحرام وانه متعدد في الصورتين جميعا وحرف اخر ان الجناية متى تكررت في محل
واحد في احرام واحد ان لم يتخلل التكفير بين الجنايتين كان حكمه حكم جناية واحدة
لاتحاد المحل والسبب كما في الجناية على الادمي وان تخلل التكفير بين الجنايتين اعتبر
كل واحد جناية على حدة كالجناية على الادمي ايضا وقد ذكرنا اذا عرفنا هذا قال محمد
رحمه الله محرم بعمرة جرح صيدا جرحا غير مستهلك ثم اضاف الى عمرته حجة ثم
جرحه جرحا آخر غير مستهلك فهلك الصيد من ذلك كله فعليه قيمته صحيحا لا يرفع
عنه شيء بالجناية الثانية وعليه قيمة اخرى للحجة وبه الجرح الاول لانه لما جرحه في
احرام العمرة والصيد صحيح واتصل به الموت فقد جنى على احرام العمرة فقتل الصيد
فيضمن قيمته فان قيل وجب ان يحط عنه نقصان الجرح الثاني لان اختلاف الاحرامين
بمنزلة اختلاف المحرمين ولو اختلف المحرمان بان كان احدهما محرما بعمرة فجرح والاخر
محرما بحجة فجرح وما يضمن الاول قيمته وبه الجراحة الثانية قيل له وهو الفرق بينهما وهو
ان ثمة ما تلف بالجناية من الثاني لم يتلف بجناية الاول ولا بسراية جنايته فيجب
طرحه اما هنا انه لم يتلف بجناية الاول ولا بسراية جنايته لكن تلف بمباشرة جنايته وحده

للعمرة صح

منه على احرام تلك العمرة لان احرام تلك العمرة باق وهو الجرح الثاني قضاء الجرح
الثاني جناية منه على الاحرام الاول والجناية على الحج وجدت بعد الجرح الاول فيضمن قيمته
مجروحا بالجرح الاول لان الجناية الاولى لم يتعاد في احرام الحجة فلا يجب عليه للحج نقصان
تلك الجراحة فان قيل ينبغي ان يجب عليه ثلاث قيم قيمة بالجناية الاولى على احرام العمرة
وقيمتان بالجناية على احرام العمرة والحج حين جرحه ثانيا لانه قارن وقت الجناية
الثانية قيل له قد لزمه بالجناية على احرام العمرة على هذا الصيد جزاء وهو والجناية
على صيد واحد في احرام واحد لا توجب اكثر من جزاء واحد لانه مقدر بالمتلف فكان في
معنى البدلية من وجه فاما وجب الجزاء بالجناية الثانية بسبب احرام الحج لولاه لما وجب
فكان بمنزلة المفرد عند الجناية فلهذا لزمه قيمتان ولو حل من العمرة ثم احرم بالحج ثم
جرح ومات من ذلك فعليه للعمرة قيمته به الجرح الثاني وللحج قيمته وبه الجرح الاول
لان كل جناية صادفت احراما على حدة فصار بمنزلة محرمين جرح كل واحد منهما هذا الصيد
جرحا على حدة فيجب على كل واحد قيمته مجروحا بجراحة صاحبه وفرق بين هذا وبين الاول
والفرق انه اذا لم يحل من العمرة فالجناية الثانية وجدت حال قيام العمرة ولو لم يضم
اليه احرام الحج كانت الثانية مضمونة ان كانت بعد البرء ممنوعا عنها ان كانت
قبله فلا يسقط عنه شيء بضم الحجة اليه فاما اذا حل من العمرة فقد انعدم الاحرام
ولولا احرام الحج لكانت الجناية الثانية هدرا ولا يضمن بسبب العمرة شيئا فاحرام الحج
بعد لا يوجب للعمرة شيئا بالجناية الثانية فلهذا لم يطرح عنه في المسئلة الاولى
شيء بالجرح الثاني وطرح في المسئلة الثانية ولانه اذا حل قارنا صار قاتلا بعد السراية
وقد وجد جرح اخر قبل السراية واحرام العمرة وقت الجرح الثاني ليس بباق فيكون الجرح
الثاني جناية على احرام العمرة فيوجب رفعه بخلاف المسئلة الاولى وانما طرحنا نقصان
الجناية الاولى عما لزمه للحجة في المسئلتين لان الجناية الاولى وجدت قبل احرامه بالحج
فصار كما لو جرحه وهو حلال ثم احرم بحجة ثم جرحه جرحا اخر ومات من ذلك كله ولو
حل من عمرته ثم قرن والمسئلة بحالها فعليه ثلاث قيم قيمته للعمرة وبه الجرح الثاني لانه
لما حل من العمرة لم يكن الجناية الثانية مضمونة في ذلك الاحرام فوجب حط الجراحة الثانية
عنه لما ذكرنا وقيمتان للقران وبه الجرح الاول لانه جنى على احرامين وبه الجرح الاول
فصار بمنزلة قارن جرح صيدا ومفرد جرحه جراحة اخرى ومات منهما فعلى القارن قيمتان
به جرح المفرد وعلى المفرد قيمته به جرح القارن ولو كان الجرح الاول مستهلكا والمسئلة

بحالها

بحالها غرم للعمرة قيمته صحيحا وللقران قيمتين به الجرح الاول لان الاول لما كان مستهلكا
وجب عليه قيمته صحيحا للحال على ما ذكرنا ولا يكون الثاني مستهلكا اذا كان من جنس
الاول ه محرم وحلال قتلا صيدا في الحرم بضربة واحدة بان اخذا رمحا واحدا معا
وجرحاه به جرحا واحدا او رميا عن قوس واحد ثم مات الصيد من ذلك فعلى الحلال
نصف قيمته صحيحا وعلى المحرم جميع قيمته صحيحا لما ذكرنا ان الواجب على الحلال بدل فلا
فرق في حقه بين ان يشاركه محرم او حلال وما وجب على المحرم جزاء فلا فرق في
حقه ايضا لتحقق الجناية على الاحرام لم يعتبر النقصان هنا لان احدهما لم ينفرد باتلاف
جزء ولم يشاركه صاحبه فيه فان الضربة واحدة وقد لاقت الصيد وهو صحيح ولو
قتلاه بضربتين ووقعتا معا يغرم كل واحد منهما ما نقصته ضربته من قيمته صحيحا لان
كل واحد منهما تفرد باتلاف جزء منه ثم على الحلال نصف قيمته مضروبا بضربتين وعلى المحرم
جميع قيمته مضروبا بضربتين اعتبر النقصان هنا لان كل واحد منهما تفرد باتلاف جزء
منه فينفرد بضمانه وذكر الجصاص عن القاضي ابي حازم ان ما ذكره محمد رحمه الله
من جواب الضربتين اذا وقعتا معا محمول على ما اذا كان نقصان ضربة احدهما اكثر
من الاخرى ليفيد اعتبار النقصان اما اذا كانا على السواء بان كان نقصان ضربة كل
واحد منهما درهما مثلا لا حاجة الى اعتبار النقصان فيجعل كل واحد منهما لعدم الفائدة
ولانه يؤدي الى اسقاط بعض ما وجب على كل واحد منهما بل يجب على الحلال نصف قيمته
صحيحا وعلى المحرم جميع قيمته صحيحا لكن الصحيح ما قاله محمد رحمه الله لانه ان كان يؤدي
الى اسقاط شيء مما وجب عليه لكنه يؤدي الى ان يجب على المحرم ضمان ما تفرد الحلال باتلافه
مباشرة وهذا لا وجه له بيانه انه اذا كان قيمة الصيد عشرة وانتقص بكل جناية
درهم فنقصت قيمته يوم الموت ثمانية فلو اوجبنا على المحرم ما انتقص بجنايته
وذلك درهم وقيمته يوم مات مضروبا بضربتين يكون جميع ما غرم تسعة دراهم
ولو اوجبنا عليه قيمته يوم الجناية يلزمه عشرة وقد انتقص درهم بجناية الحلال
فيلزم منه ايجاب زيادة على المحرم من غير ان يتلفه مباشرة وتسببا اما في حق
الحلال لا يتفاوت الحال فانه لو غرم ما انتقص بجنايته اولا وذلك درهم ونصف
قيمته يوم الموت وذلك اربعة يلزمه خمسة ولو غرم نصف قيمته صحيحا يوم الضرب
يلزمه خمسة ايضا ولو بدأ الحلال ثم ثنى المحرم فعلى الحلال ما نقصته جنايته صحيحا
وعلى المحرم قيمته وبه الجراحة الاولى وعلى الحلال نصف ما بقي من قيمته وبه الجنايتان هكذا

في الكتاب وعلى العبد ان الذي قلنا في الباب المتقدم فعلى المحرم ما
نقصته جراحته وبه الجرح الاول ثم يجب عليه كل قيمته مجروحا بالجراحتين
وعلى الحلال ما نقصته جراحته الجرح الاول ثم يجب عليه كل قيمته مجروحا بالجراحتين
وهذا وما في الكتاب سواء اما الحلال فلان النقصان كان بمباشرة الجرح
وهو صحيح والهلاك بسراية فعله وهو مجروح بجرحين واما المحرم فلان النقصان
كان بالمباشرة وهو منقوص بالجرح الاول والهلاك بسراية فعله وهو منقوص بجرحين
الا ان الذي عليه كفارة من وجه فيتكامل ولو كانت الجناية الاولى من الحلال استهلاكا
بان كان قطع يدا او رجلا والجناية الثانية من المحرم ليس باستهلاك فعلى الحلال
قيمته كاملة في الحال لانه فوت الصيد بعد وجوب المحرم ما قلنا في مفرد بالحج
وقارن وحلال قتلوا صيدا في الحرم بضربة واحدة فعلى القارن جزاءان يريد
به قيمتان وعلى المفرد جزاء يريد به قيمة وعلى الحلال ثلث الجزاء يريد به ثلث
قيمته لانهم اشتركوا فيما تلف بمباشرة جناياتهم وفيما تلف بسراية جناياتهم
الا ان الواجب يتجزى في حق الحلال لمعنى البدلية ويتكامل في حق المفرد و
تضاعف في حق القارن لما قلنا فان بدأ الحلال بجرحه ثم ثنى المفرد ثم ثلث
القارن فمات من ذلك كله فعلى الحلال ما نقصته جنايته من قيمته صحيحا
لانه تفرد باتلافه وثلث قيمته مجروحا ثلاث جراحات هكذا ذكر في بعض النسخ
وذكر في البعض وعليه ثلث قيمته وبه الجراحتان الاخريان قالوا الاصح هو الرواية
الاولى لان ما انتقص بفعله ضمنه فيرفع عنه ذلك كما يرفع عنه النقصان الحاصل
بالجراحتين الاخريين وتاويل الرواية الثانية انه لم يذكر جراحته نفسه
لوضوحه اي به الجراحتان الباقيتان سوى جراحته نفسه وعلى المفرد ما
نقصته جراحته مجروحا بالجراحة الاولى لان فعله صادفه وهو مجروح بالجراحة
الاولى وعليه قيمته وبه الجراحات الثلاث وفي بعض النسخ وبه الجرح الاول
والثاني قالوا الاول اصح والثاني سهو من الكاتب لان الثاني فعله فلا يرفع عنه ما
انتقص بفعله وانما يرفع عنه ما انتقص بفعل غيره وتاويل الرواية الثانية يعني
الاول قبل جرحه والثالث بعد جرحه فيكون ثالثه في الحقيقة وسكت عن
جرح نفسه لوضوحه وعلى القارن قيمتان وبه الجراحتان الاوليان لان
جنايته وجدت وبه الجراحتان الاوليان وعلى ما ذكرنا من العبارة فعلى القارن

ما

ما نقصته جراحته مجروحا بالجراحتين لكن ضعف النقصان ثم قيمتان مجروحا
بثلاث جراحات وهذا وما في الكتاب سواء ولو كانت الجناية الاولى والثانية
استهلاكا بان كانت الاولى قطع يدا او رجلا والثانية فقء عينين فعلى الحلال
قيمته صحيحا في الحلال لان الاستهلاك الحكمي لا يتوقف على السراية وعلى المفرد قيمته
وبه الجرح الاول لانه اتلفه حكما من وجه اخر وبه الجناية الاولى لان توحش الصيد
بقوائمه وعينيه والامتناع من حيث القوائم وان فات من حيث العينين قائم فكان
الثاني اتلافا كالاول ولا يرفع عنه الجرح الثالث لانه استهلاك للجاني بخلاف
ما اذا هلك بالسراية وعلى القارن قيمتان وبه الجنايتان الاوليان لانه اتلفه
حقيقة باثر فعله وهو منقوص بالجنايتين وذكر في بعض روايات الاصل فقئ
عينين وفي بعضها فقئ عين واراد به الجنس لا تفويت عين واحدة مفرد بعمرة
جرح صيدا ثم جرحه حلال ثم اضاف المفرد الى العمرة حجة ثم جرح الصيد
جرحا اخر فمات من ذلك كله فعلى المحرم قيمته وبه الجرح الاول والاوسط للعمرة وهو
جرح الحلال لان الجرح الاول فعله والثالث ايضا فعله وقد وجد قبل ان يحل
من العمرة فلا يجب رفعه اما الاوسط ففعل غيره فلذلك وجب رفعه فصار عليه
للعمرة قيمته وبه الجرح الاوسط وعليه قيمة اخرى للحجة وبه الجراحتان الاوليان
لان الاول وان كان فعله لكنه سبق احرام الحج فلم يكن جناية عليه والاوسط فعل
غيره فالجناية الاولى لم يصادف احرام الحج والثانية لم يصادف احرام العمرة وهذه
عين مسألة اول الباب الا ان الذي فيها جناية الحلال فيرفع عنه ما انتقص
بجناية الحلال والثاني ما ذكرنا وعلى الحلال ما نقصته جراحته مجروحا بالجرح الاول
ونصف قيمته مجروحا بثلاث جراحات اما النقصان وبه الجراحة الاولى فظاهر
واما نصف القيمة وبه ثلاث جراحات لانه اتلف نصف صيد مجروحا بجراحتين
وقد ضمن جراحة نفسه فيرفع عنه الكل ثم انما يضمن النصف وان بلغ الصيد
ثلاث جنايات لان العبرة لعدد الجناة لا لعدد الجنايات والجاني اثنان
ولو جرحه المفرد بالعمرة ثم حل من عمرته ثم جرحه حلال في الحرم ثم قرن الذي حل من
عمرته ثم جرحه جرحا اخر فمات من ذلك كله فعلى المفرد بالعمرة قيمته وبه الجنايتان
الاخريان لانه لما حل لم يكن الجناية الثالثة جناية منه على العمرة الاولى فوجب رفعها
ورفع جناية الحلال ايضا واذا رفعت الجناية الثانية والثالثة كان عليه قيمته

قيمتان صح

وبه الجنايتان وعليه ايضا للقران به الجراحتان الاوليان لانهما كانتا قبل احرامه
للقران وهذه المسألة عين المسألة الثانية من الباب الا ان الزيادة فيها جناية الحلال
وعلى الحلال ما نقصه الجرح الثاني مجروحا بالجرح الاول ونصف قيمته به الجراحات
الثلاث لما قلنا ولو كانت الجراحات كلها استهلاكا من قطع يد او رجل او فقئ عينين
فعلى المفرد بالعمرة قيمته صحيحا للعمرة لانه اتلفه حكما وهو صحيح وعليه للقران
قيمتان به الجنايتان لانه جان على عمرته وهذا احرام آخر للعمرة واحرام للحجة وقد
استهلكه حكما وهو مجروح بجراحتين وعلى الحلال ما نقصه جرحه به الجناية الاولى
ونصف قيمته وبه الجراحات الثلاث لما ذكرنا وتاويل المسألة ان الاول قطع يده وكان استهلاكا (يده م)
ثم الحلال قطع رجله فلم يكن استهلاكا ثم الاول فقأ عينيه وكان استهلاكا
وانما عنى بقوله لو كانت الجراحات كلها استهلاكا اي في صورة الاستهلاك لو انفرد كان
استهلاكا ولهذا اعتبر النقصان في جناية الحلال محرم اصطاد صيدا فعليه ارساله لما
قلنا في الباب المتقدم فان ارسله انسان من يده فلا شيء عليه لان الصيد محرم العين
على المحرم بالنص قال الله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فلم يملكه بالاخذ
كمن اشترى خمرا لا يملكه لانه محرم العين واذا لم يملكه لم يكن المرسل متلفا عليه شيئا
ولانه فعل ما هو عليه فعله شرعا فهو كمن اراق خمر المسلم بخلاف ما لو احرم وفي يده صيد
فانه يجب عليه ارساله فان ارسله انسان من يده فعليه قيمته عند ابي حنيفة رحمه الله
فهما سويا بين الصيد المملوك وغيره ولابي حنيفة رحمه الله فرق فقال الصيد قبل الاحرام كان
ملكا له متقوما ولم يبطل ذلك بالاحرام الا ترى ان الصيد لو كان في بيته يبقى مملوكا متقوما
ولم يبطل ذلك على حاله عندنا فالذي ارسله من يده اتلف عليه ملكا متقوما فيضمن كاراقة (بخلاف)
الخمر على المسلم ثم الواجب عليه رفع يده ولو دفع بنفسه يرفعه على وجه لا يفوت ملكه
بعدما يحل من احرامه فاذا فوت عليه ملكه فقد زاد عليها بحق عليه فعله فيكون ضامنا وهذا
طريقة ايضا في اتلاف المعازف بخلاف ما اذا اخذ في حالة الاحرام لانه لم يملكه على ما ذكرنا
دل على الفرق بينهما ان المحرم اذا اخذ صيدا ثم ارسله فاخذه غيره ثم وجده المحرم في يده بعد
ما حل فليس له ان يسترده منه ومثله لو احرم وفي يده صيد فارسله ثم وجده بعدما حل
في يد غيره كان له ان يسترده منه وعند الشافعي رحمه الله اذا كان للمحرم صيد مملوك في منزله (عليه صح)
يلزمه ارساله لانه متعرض بامساكه في ملكه وذلك حرام بسبب الاحرام فيلزمه ارساله
كما لو كان في يده حقيقة لكنا نستدل عليه بالعادة الظاهرة فان الناس يتحرجون وهم

في

في بيوتهم بروج الحمامات وغيرها ولم يتكلف احد لارسالها قبل الاحرام ولا امر بذلك
وهذا لان المستحق عليه ترك التعرض للصيد لا ازالته عن ملكه وتعرضه انما يتحقق اذا كان
الصيد في يده بحضرته اما اذا كان غائبا عنه في بيته لا يكون هو متعرضا له فلا يلزمه ارساله
وهذا لان بالارسال لا يزول ملكه فلا فائدة فيه الا ترى انه كما يحرم عليه التعرض للصيد
يحرم عليه التطيب ولبس المخيط ولا يلزمه اخراج شيء من ذلك عن ملكه فلو قتل انسان
الصيد الذي اخذه المحرم او الحلال في الحرم في الحرم وهو حلال او محرم في الحل فعلى (الحرم او في صح)
كل واحد منهما جزاؤه اما القاتل فلانه جنى على احرامه او الحرم بالاخذ ثم الحلال هنا
يضمن جميع القيمة كالمحرم سواء بخلاف ما لو اشتركا في قتله حيث يضمن الحلال نصف قيمته (بقتل [illegible] جان على [illegible])
لان الضمان على الحلال هنا وجب بالقتل والقتل وجد منه وحده وفي الشركة وجد منهما
ثم يرجع الآخذ على القاتل بما ضمن من الجزاء عندنا وقال زفر رحمه الله لا يرجع عليه بشيء
لان المحرم ضمن بفعل نفسه وهو الاخذ فلا يرجع على غيره ولانه لم يملك الصيد ولا كانت
له فيه يد محترمة ووجوب الضمان على القاتل باعتبار احد هذين المعنيين ولانه بالقتل
لزمه كفارة يفتى بها ويخرج بالصوم منها فلو رجع عليه انما يرجع بضمان المالية وتجنيسه
ولا يجوز ان يرجع عليه باكثر مما لزمه الا انا نقول الآخذ لما ادى الجزاء وان لم يملك الصيد
فقد قام مقام المالك لان اخذ الصيد سبب للملك وهو قابل للملك في الجملة ولهذا
يملك الصيد في الحرم بالارث الا انه لا يمكن اثبات الملك فيه لمعنى فيه وهو كونه صيد الحرم
لكن اذا لم يمكن اثبات الملك فيه لمعنى فيه وهو كونه صيد الحرم الا انه اذا لم يمكن اثبات الملك
فيه مع وجود السبب وهو اداء الضمان لانه يقتضي ثبوت الملك في المضمون مستندا الى السبب
السابق اظهرنا السببية في حق بدل الصيد واقمته مقام المالك في حق الرجوع ببدله
على القاتل لانه لا مانع في حق البدل ولا تعذر فيظهر في حق البدل وان تعذر في نفس الصيد كما في غاصب
المدبر ولان يد الآخذ على الصيد يد معتبرة لانه يتمكن بها من الارسال واسقاط الجزاء به عن
نفسه كيد الغاصب على المغصوب يده معتبرة مع انعدام الملك لتمكنه بها من اسقاط
الضمان والقاتل يصير مفوتا عليه هذه اليد فيكون ضامنا له وان لم يملكه الآخذ كما لو قتل
المدبر في يد الغاصب وهذا لانه فوت عليه ما كان على شرف السقوط وذلك مثبت للرجوع (شبيه صح)
كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا والذي قال يفتى بها ويخرج عنه بالصوم فذاك
ليس بمعنى راجع الى نفس الحق بل المعنى من له الحق فان حقوق الله تعالى على عباده بطريق الفتوى
والخروج عنه بالصوم لان الله تعالى غني عن مال عباده انما يطلب منهم التعظيم لا غير ومثل

هذا التفاوت لا يمنع الرجوع كالاب اذا غصب عبدا لابنه فغصبه منه اجنبي ان الابن ضمن
اباه رجع الاب على الغاصب منه وان كان هو لا يحبس فيما لزمه لابنه ويكون له ان يحبس الغاصب
منه فيما يطالبه به ولو صاد حلال في الحرم فقتله صبي او نصراني او بهيمة في يده فعلى الآخذ
جزاؤه لما قلنا ولا شيء على القاتل من الجزاء واما الصبي فلانه لا تكليف عليه فلا يظهر الجريمة
في حقه واما النصراني فلانه ما دان بعصمته وقد امرنا ان نتركهم وما يدينون ولان في اداء
الجزاء عبادة وهما لا يخاطبان بالعبادة الا ان الآخذ يرجع على القاتل بما ضمن لان الآخذ لما
قام مقام المالك للصيد صار كان الصبي والنصراني قتلا صيدا مملوكا له وهما يؤاخذان
بضمان الافعال حقا للعبد ○ حلال دل محرما على صيد في الحرم او حلالا مثله او نصرانيا
او صبيا فقتله فلا ضمان على الدال ولو كان الدال محرما وجب عليه الجزاء والفرق ما قلنا في
الباب الاول ان الدال ليس بمتلف فلا يضمن بالدلالة الا ان المحرم ضمن بعقد الاحرام ان لا يتعرض
للصيد والتزم الضمان بالتعرض له وبالدلالة يتعرض له لان امنه في الجهل بمكانه فاذا اعلم
بالدلالة صار متعرضا له فلزمه ما التزم من الضمان بالتعرض بخلاف الحلال فان قيل لو
كانت الدلالة محظور احرامه وجب عليه ان يحرم تناوله اذا قتله الحلال باشارة المحرم او
دلالته قلنا فيه روايتان والاصح انه يحرم تناوله قال محمد رحمه الله في الزيادات على
سبيل الاستشهاد الا ترى ان الجزاء يجب على المحرم بالدلالة وان كان لا يحرم الصيد بدلالة المحرم
وذكر الحاكم رحمه الله في المنتقى ان الصيد يحرم بدلالة المحرم في قول ابي حنيفة وابي يوسف
وظاهر قوله عليه السلام لاصحاب ابي قتادة هل اعنتم هل اشرتم هل دللتم دليل عليه حيث علق
الاباحة بانتفاء الكل فكان ما ذكره في الزيادات قول محمد رحمه الله وانما يجب الجزاء على
الدال اذا لم يعلم به الصائد اما اذا علم به فلا شيء عليه وكذلك اذا لم يصدقه ثم اخبره آخر
وصدق الثاني وقتله فالجزاء على الثاني لا على الاول ○ والله اعلم ○

ووجب عليه الجزاء ايضا

رضي الله عنهم

كتاب القضاء

باب ما ينفذ من قضاء القاضي وما لا ينفذ

قال اصل الباب ان كل من يصلح شاهدا في حادثة يصلح قاضيا فيها ومن لا يصلح شاهدا
لا يصلح قاضيا فيها لان كل واحد منهما اثبات الولاية على الغير لان الشاهد يوجب القضاء
على القاضي والقاضي يلزم الحق على المشهود عليه فكانا مثلين فصح الاستدلال باحدهما
على الآخر نفيا واثباتا ولان القضاء انفاذ موجب الشهادة وتتميم حكمها فكان منها
ثم القاضي اذا قضى لا يخلو من ثلاثة اوجه اما ان يقضي لغيره من كل وجه او لنفسه من
كل

كل وجه او لغيره من وجه ولنفسه من وجه ففي الوجه الاول ان قضى بما في كتاب الله تعالى
او سنة رسوله صلى الله عليه وسلم او فيما اتفق عليه الصحابة او التابعون رضي الله عنهم
نفذ قضاؤه وليس لاحد ان يبطله وكذلك ان قضى بما صح عنده عن واحد من المعروفين
من الصحابة رضي الله عنهم لان قول مثله حجة وهو مقدم على القياس لقوله عليه السلام
اصحابي كالنجوم بايهم اقتديتم اهتديتم ولان فيما يبلغه عن الصحابي رضي الله عنه احتمال
السماع فقد كانوا يسمعون من رسول الله صلى الله عليه وسلم فيفتون به تارة ويروون اخرى
وفيه ايضا احتمال ترجيح الاصابة في نفس الرأي فقد وقفوا ما لم يوقف غيرهم بعدهم ولا
ينبغي له ان يخالفهم ان كانت المسألة مختلفا فيها بينهم ويبتدع شيئا من رأيه لانهم لو اجتمعوا
على قول لم يجز لاحد ان يخالفهم فاذا اختلفوا على اقاويل محصورة فذلك اجماع منهم
على ان الحق لا يعدوهم فلا يجوز لاحد ان يخالفهم ولكن يختار احسن الاقاويل في نفسه لانهم
لما اختلفوا ولم يجر المحاجة بينهم بالرواية فقد انقطع احتمال السماع وتعين القول بالرأي
فيعارض اقاويلهم كتعارض الاقيسة وعند ذلك على القاضي ان يصير الى الترجيح ويعمل
بما ظهر رجحان رأيه فيه فان لم يبن له وجه الترجيح فله ان يعمل باي الاقاويل شاء لان
بالتعارض لا ينعدم الحجة في اقاويلهم فينبغي ان يعمل باحسنها في نفسه ويكون ذلك منه
عملا بالحجة فان لم يجد من احد منهم شيئا وهو من اهل الاجتهاد يجتهد فيه ويقيسه
بما جاء عنهم ويقضي بما رأى انه الحق لانه مامور بالقضاء والتكليف بحسب الوسع والذي
في وسعه الاجتهاد عند انقطاع الادلة كما في اشتباه القبلة والاصل فيه حديث
معاذ رضي الله عنه فان اشكل عليه شاور رهطا من اهل الفقه وكذلك ان لم يكن من
اهل الاجتهاد لانه يحتاج الى معرفة الحكم ليقضي به وقد عجز عن ادراكه بنفسه فيرجع
الى من يعرفه كما اذا احتاج الى قيمة شيء فان اختلفوا فيه نظر الى احسن اقاويلهم
واشبهها بالحق فيأخذ به كما بينا في اختلاف الصحابة رضي الله عنهم الا ان هنا ان
رأى خلاف رأيهم احسن واشبه بالحق قضى بذلك لان اجماعهم لا ينعقد بدون
رأيه وهو واحد منهم ولان رأيه صواب عنده واقوى من رأيهم فلو قضى برأي غيره
كان قاضيا بما هو خطأ عنده وقضاؤه بما عنده انه هو الصواب اولى وان لم يكن من اهل
الاجتهاد ليجتهد بعض الاوقات بل ينظر الى افقههم عنده واورعهم فيقضي بقوله فهذا اجتهاد
مثله ولا يعجل بالحكم اذا لم يتبين له الامر ما لم يتأمل ويسأل الفقهاء لانه مامور
بالقضاء بالحق ولا يستدرك ذلك الا بالتأمل وقال عليه السلام التأني من الله والعجلة

من السلطان والا سل فيه حديث الشعبي رحمه الله قال كانت القضية ترفع الى عمر رضي
الله عنه وربما يتامل في ذلك شهرا ويستشير اصحابه وحديث ابن مسعود رضي الله عنه
في المفوضة معروف فاذا قضى لغيره بما ذكرنا من الدلائل على الترتيب الذي ذكرنا او باجتهاد
في موضع يسوغ فيه الاجتهاد بان لم يخالف نصا او اجماعا نفذ قضاؤه على من وافق رايه
راي القاضي او خالف حتى لا يجوز لغيره ان ينقضه لان قضاءه اذا نفذ عن اجتهاد فقد
ترجح اجتهاده باتصال القضاء به ويثبت له زيادة رتبة فلو نقضنا باجتهاد اخر
لم يتصل القضاء به لنقضنا الشيء بما هو دونه وذلك لا يجوز وان قضى في حادثة لا يسوغ
فيها الاجتهاد بان خالف نصا او اجماعا لا ينفذ لان الاجتهاد ليس بحجة في هذه الصورة
وهو كما لو تحرى في القبلة عند معاينة المحراب او عند من يسال عنه وفي الوجه
الثاني لا ينفذ ولا يتوقف على اجازة قاض اخر حتى لو وافقه اجازه قاض اخر لان ذلك
الحكم ان كان منصوصا عليه او مختلفا فيه او مجتهدا فيه لكن الا فيه اجتمعت على انه
قضاء القاضي لنفسه ولمن لا يجوز شهادته له باطل فكان قضاؤه وامضاء غيره مخالفا
للاجماع وفي الوجه الثالث صورته اذا كان اعمى او محدودا في قذف فقد تاب فقضى
لغيره لا ينفذ فان امضاه قاض اخر لانه قضى لنفسه من وجه لا بكونه قاضيا مختلف
فيه فلو نفذ قضاؤه يصير قاضيا لنفسه فلا ينفذ لكن يتوقف لان له مجيزا لان
من العلماء من يقول يصلح قاضيا وشاهدا بخلاف ما لو قضى بشهادة الاعمى والمحدود
في القذف حيث ينفذ لان شهادة احدهما لغيرها اما القضاء بشهادتهما ليس بمختلف
ليكون قاضيا لنفسه من وجه ... وحرف اخر ان حكم الحاكم في حق المحكمين بمنزلة
قضاء القاضي في حق الناس كافة يعتبر اهلية الحكم للشهادة في حقهما كما يعتبر ذلك
في حق القاضي في حق الناس كافة وبمنزلة الفتوى في حق غيرها حتى لو رفع حكمه الى
القاضي وهو مخالف لرايه ابطله وان كان ذلك مما يختلف فيه الفقهاء ويسوغ فيه
الاجتهاد وعند ابن ابي ليلى حكم الحكم بينهما في المجتهدات نافذ لا يبطله القاضي الا ان
يكون مخالفا للنص او الاجماع بمنزلة قضاء القاضي والاصل في جوازه قوله تعالى فابعثوا
حكما من اهله وحكما من اهلها ولما روي ان ابي بن كعب وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما
اختصما في شيء فحكما زيد بن ثابت رضي الله عنه وحجة ابن ابي ليلى انه في ما بينهما صار
كالحاكم المولى وحكم الحاكم في المجتهدات نافذ لا يبطله قاض اخر ولان هذا الحكم
لو اراد ان يبطل حكم نفسه في المجتهدات ليس له ذلك فكذا لا يكون لقاض اخر لكنا

نقول

نقول سبب هذا الحكم اتفاق الخصمين فيكون بمنزلة اصطلاحهما في المجتهدات على شيء
ثم رفعا الى القاضي كان له رايا في تنفيذه وابطاله فهذا مثله وهذا لان لهما ولاية
على انفسهما ولا ولاية لهما على القاضي وقد كان للقاضي رايا في هذه الحادثة لو ارتفعا
قبل حكم الحكم بينهما فلا يبطل رايه بحكمه ولانه لا ولاية للحكم على المجتهدين في هذه
الحادثة في تقديم قول البعض اما ولاية على نفسه وعلى الخصمين فلا يصير المجتهد
فيه بحكمه كالمتفق عليه بخلاف القاضي المولى فله ولاية على الناس كافة لان المولى له
وهو الخليفة ولاية على الناس كافة وانما لا يبطله اذا وافق رايه لا لان حكمه يلزم القاضي
شيئا ولكن لانه لو نقضه احتاج الى عمل مثله فليس في الاستغال بالنقض فائدة
وانما لا ينقض حكمه بنفسه لزوال ولايته حين نفذ الحكم بينهما اذا عرفنا هذا قال محمد
رحمه الله اما اذا مات الرجل وله على القاضي او امراته او بعض اقاربه ممن لا تقبل شهادة
القاضي له دين فادعى رجل انه وصي الميت واقام بينة على ذلك فانه يقضي بوصايته
استحسانا لان القاضي يصلح شاهدا في هذا لما ذكرنا في الشهادات ان الغريمين اذا
شهدا بالوصاية والموت ظاهر قبلت شهادتهما استحسانا فكذا القضاء ولانه لو لم ينفذ
يحتاج الى نصب الوصي والقضاء ووصي الميت ابعد عن التهمة من وصيه ولو ان القاضي
او ابنه او امراته دفع اليه الدين وقعت البراءة لانهم دفعوا الى وصي الميت فلو مات القاضي
او عزل وجحد الورثة الوصاية واراد واخذ الدين من القاضي او ابنه فقامت البينة
على قضاء القاضي بالوصاية للوصي قبل قضاء الدين منه ومن قرابته ولو ابطاله لا يبطل
لان قضاء الاول وقع في محل الاجتهاد وليس ثمه نص ولا اجماع بخلافه وقد ذكرنا ان مثل
هذا القضاء لا ينقض بالاجتهاد فكان الثاني في الرد مبطلا فلا يبطل اشار في الكتاب
الى الفقه الذي مر في مقدمة الباب ان كل من يصلح شاهدا يصلح قاضيا ولو ان القاضي
دفع الدين او قرينه الى الوصي او لانهم شهدوا للشهود بالوصاية فقضى بذلك ثم عزل
او مات فان القاضي الثاني يبطل القضاء الاول او لا يجعله وصيا ولا يبرا القاضي
ولا قرابته من الدين لانه بعد قضاء الدين لا يصلح شاهدا لانه شاهد لنفسه او لابنه
من كل وجه لانه يصحح فعل نفسه وهو الدفع اليه ويثبت براءة الثاني هذا القضاء ثم سوى
في الكتاب في الجواب بين القاضي وبين امراته وابنه قال مشايخنا رحمهم الله
يجب ان يكون في ابنه وامراته خلاف الجواب في نفسه لان قضاء القاضي لنفسه باطل
بالاجماع فلا يتوقف نفاذه على قضاء قاض اخر فاما قضاؤه لابنه وامراته مختلف

لعلها بحطه
ابن ابي ليلى
التحكيم

منه كما ان شهادته لابنه وامراته مختلف فيها فان عند الشافعي يجوز شهادة احد الزوجين
لصاحبه وعند مالك يجوز شهادة الملك الولد للوالده وشهادة الوالد للولد فاذا رفع
الى قاضي يرى قضاه لابنه وامراته جايزا فاجاز يجب ان ينفذ لانه قضى في مكفة فصل
مجتهد فيه وكذلك لو ادعى رجل انه ابن الميت ووارثه لا وارث له غيره فان سمع القاضي
الشهاده على ذلك قبل قضاء الدين جاز قضاؤه وجاز قضاء الدين بعده لانه لو شهد على
النسب قبل قضاء الدين يقبل استحسانا على ما ذكرنا فكذلك اذا قضى ولو جاء اخو الميت
وهو معروف فجحد الابن لا يبطل القضاء لان القضاء قد نفذ بالحجه ولو كان قد قضى
الدين ثم قضى بالنسب بعد ذلك لم يجز لانه لم يصلح شاهدا فكذا لا يصلح قاضيا
ولو امضى هذا القضاء قاض اخر لا ينفذ لانه باطل بيقين وليس في موضع الاجتهاد
لانه قضى لنفسه والامة مجمعة على بطلانه ولو مات رجل ولم يدع وصيا والوارث
غايب وله على القاضي او على بعض من لا تقبل شهادته له دين فجعل القاضي له وصيا
واشهد بذلك ثم قضى القاضي او بعض قرابته الدين الذي كان جايزا لان القاضي يملك
نصب الوصي اذا ظهر الموت صيانة لحقوق الميت وتحرزا عن تعطيلها فالقضاء
حصل الى الوصي نفسه ولو لم يمت ولكنه غايب فادعى رجل ان الغايب وكله بقبض ديونه
بالكوفه او قال بقبض ديونه التي له على القاضي او على احد من قرابته واقام البينه وقضى القاضي
بالوكاله لم ينفذ قضاؤه ولم يبرا من الدين اذا دفع اليه ولو مات او عزل ثم رفع ذلك الى قاض
اخر ابطل ذلك كله لان القاضي لو شهد بالوكاله لا تقبل فكذا اذا قضى فرق بين الوكاله و
والوصايه والفرق ان القاضي لو شهد بالوصايه تقبل استحسانا فكذا اذا قضى ولو شهد
بالوكاله لا يقبل فكذا اذا قضى وحقيقة الفرق وهو ان القاضي يملك نصب الوصي اذا كان
الموت ظاهرا فلا يكون ثبوته مضافا الى هذه البينه لو شهدوا في هذا القضاء ليصير
قاضيا لنفسه ولو قضى لكن انما عين الوصي بهذه البينه لو شهدوا وغيره فلا يقع القضاء
لنفسه فينفذ فاما القاضي لا يملك نصب الوكيل على الغايب فلو ثبت ثبت بهذه البينه
لو شهدوا بهذا القضاء لو قضى فيصير واقعا لنفسه من وجه فاخذنا بالاستحسان
في الوصايه وبالقياس في الوكاله لهذا وهذا لانه لا ضروره في الوكاله لانه على شرف الحضور
ساعه فساعه بخلاف الوصايه وكذا لو قضى الدين اولا ثم قضى بالوكاله لما قلنا في الوصايه
بل اولى فلو انه قضى بالوكاله ثم دفع الدين اليه ثم دفع الامر الى قاض اخر فامضاه وجوزه
ثم رفع الى قاض ثالث يرى القضاء الاول باطلا فانه يجيز ما امضى القاضي الثاني وليس له

لن

لن يبطله على ما في الكتاب لانه امضى فصلا مختلفا فيه اشار الى ان من الفقهاء من يجيز
القضاء بالوكاله كما يجيز بالوصايه لان الوصي وكيل بعد الوفاه والوكيل بعد الوفاه والوكيل
قبل الوفاه سواء فاذا امضى الثاني فقد اجاز قضاء مختلفا فيه فينفذ امضاؤه فاذا رفع ثم
الى الثالث ليس له ان يبطله وان لم يكن مختلفا فيه فهو في محل الاجتهاد وليس بخلاف نص
ولا اجماع فينفذ على الكل ولو كان القاضي الثاني ابطل القضاء الاول لا يكون لغيره ان يجيزه
بعد ذلك لانه ابطل فصلا مجتهدا فيه فينفذ على الكل ولو انه قضى الدين اولا ثم قضى بالوكاله
ثم رفع ذلك الى قاض اخر فامضاه وراه جايزا ثم رفع الى قاض اخر يرى ذلك باطلا
فانه يبطل ذلك كله ويرده لان الثاني اذا صادف قضاء باطلا لان القاضي قضى لنفسه من كل
وجه فهذه الحاله وانه باطل بالاجماع فاذا امضى الثاني فقد امضى قضاء باطلا بالاجماع
فلم يصح امضاؤه فاما في الفصل الاول لم يكن القضاء لنفسه من كل وجه وانه مجتهد فيه
فالثاني امضى قضاء مجتهدا فيه فان قيل في الفصل الاول القضاء بالوكاله لو صادف فصلا
مجتهدا فيه يجب ان ينفذ ولا يتوقف على اجازة قاض اخر كما لو قضى بشهادة
الاعمى والمحدود في القذف بعد التوبة قيل له الفرق من وجهين احدهما ان نفس قضائه
مختلف فيه فان المختلف لا ينفذ الا باتصال القضاء به والثاني ان القضاء في فصل مجتهد
فيه انما ينفذ ولا يتوقف على اجازة قاض اخر اذا كان قضاء للغير من كل وجه كالقضاء
بشهادة الاعمى والمحدود في القذف اما اذا كان كونه قضاء لنفسه من كل وجه مختلفا
بين الفقهاء رحمهم الله مثل هذا القضاء يتوقف على اجازة قاض اخر حتى يزول احتمال
القضاء لنفسه من وجه باجازة قاض اخر كما لو قضى لامراته لا ينفذ الا باجازة قاض
اخر وان قضى في فصل مجتهد فيه لاحتمال انه قضى لنفسه من وجه ولو ان قاضيا قضى
بشهادة محدود في قذف قد تاب وراها جايزة ثم عزل او مات ثم رفع ذلك الى قاض
لا يرى قبول شهادتهما فانه ينفذه ولا يرده لان الاول قضى لغيره من كل وجه ولم يقض لنفسه
من وجه في موضع اختلف فيه الفقهاء رحمهم الله فينفذ وروى عن ابي يوسف رحمه الله انه
لا يجوز لانه خالف الكتاب قال الشيخ الامام الزاهد المعروف بخواهرزاده رحمه الله قال
مشايخنا رحمهم الله هذا اذا كان القاضي يعرف ان الاول يرى جوازه وحقيقته بان
قال الاول لا ارى ذلك اما اذا عرف ان الاول حقيقته بان قال الحق ما قاله علماء العراق رحمهم
الله انه لا تقبل شهادة المحدود في القذف وان تاب ومع هذا لو قضى به كان للثاني ان
يبطله لانه تبين ان الاول ما كان قضى حيث قضى بخلاف رايه كالمتحري اذا صلى الى جهه

لا يرى جوازه

غيرما وقع تجريد الهالم يكن فصلنا والله اشار محمد رحمه الله في الكتاب بحيث قال
وراها جائز وان لم يعرف الثاني ان الاول يرى جوازه ام لا لا يبطله ويحمل قضاه على ما
يراه جايزا حتى حكى عن استاذه عن الشيخ الامام الزاهد عبد الواحد الشيباني رحمهم
الله انه قال اشتراط محمد رحمه الله لجواز القضاء ان القاضي يرى ذلك دليل على ان ما يفعله
القضاة من امرهم لشفعوي المذهب بالقضاء بابطال الطلاق المضاف وجواز بيع
المدبر انما يجوز اذا كان القاضي الامر يرى حقيته بان لاح له ذلك الدليل فاما اذا راه
باطلا ومع ذلك امر فقضى كان باطلا كما لو قضى بنفسه وهو يرى خلافه وذكر في الرجوع
عن الشهادات اذا شهد محدودان في قذف بشهادة فلم يعلم بذلك القاضي حتى
قضى بشهادتهما ثم علم بذلك وليس من رايه امضاه فانه يرد القضاء ويأخذ المال من
المقضي له لانه ظهر له الخطا في قضائه قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله وهذا بناء على
ان قضاء القاضي في المجتهدات انما ينفذ اذا صدر عن اجتهاد فاما اذا لم يكن عن
اجتهاد وانما كان عن تلبيس واشتباه وهو ظاهر المذهب على ما اشار اليه في الجامع
(لم ينفذ)
ذكره الخصاف وقد روي عن ابي حنيفة ان قضاءه في المجتهدات نافذ وان لم يكن عن
اجتهاد لانه لا ينقض قضاؤه ما لم يتبين له الخطا بيقين وفي المجتهدات لا يتبين ذلك
فعلى تلك الرواية لا ينقض القضاء هنا ايضا قال وكذلك لو علم انهما عبدان او كافران
او اعميان لان ما في العبدين والكافرين فقد ظهر ان قضاءه كان بخلاف الاجماع فهو باطل وفي
الاعميين الجواب مثل الجواب في المحدودين في القذف لان قضاءه حصل فيما هو مجتهد
فيه وان لم يقصد الاجتهاد وقد نص على انه قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله يعني
رد القضاء واخذ المال من المقضي له واشار الخصاف رحمه الله في ادب القاضي اذا قضى
بخلاف رايه ينفذ عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف ومحمد فانه قال القاضي اذا قضى في حادثة
اختلف فيها الفقهاء رحمهم الله وله مذهب فيها لكن نسي مذهبه وقضى ثم تبين له انه قضى بمذهب
غيره قال ابو حنيفة رحمه الله ينفذ القضاء وقال ابو يوسف رحمه الله لا ينفذ ذكر قول
ابي يوسف ولم يذكر قول محمد وذكر في العيون لو ان قاضيا خوصم اليه في امر من الامور
وهو يذهب في ذلك الى مذهب فنسي مذهبه وقضى بخلافه فان ابا حنيفة رحمه الله
يمضي ذلك القضاء ولا يرجع عنه اذا كان مما جاء فيه الاثر لانه صادف محلا مجتهدا فيه
فينفذ ولا ينتقض اذ لا فائدة في النقض لانه ينقضه ويقضي على حسب ما قضى به الاول
ولم يجاوز حد الاختلاف لان الثاني كالاول في انه يتوهم خطاؤه ويرجا صوابه بخلاف ما

كما اذا خالف النص لانه في الثاني نصا وفي الاول وضعي نظر فاسد وكان في بعضه
فايدة وقال ابو يوسف يرد ذلك وينقض بما كان رايه لان القضاء بالمجتهد انما لا ينقض
اذا قضى مع اعتقاد حقيته ذلك القضاء ويذهب ذلك المذهب فاما اذا اعتقد
فساده لا يمضيه كما اذا خالف النص ناسيا وذكر القاضي الامام ابو علي النسفي رحمه
الله القاضي اذا نسي رايه وقضى براي غيره ثم تذكر رايه قال ابو حنيفة رحمه الله ياخذ
برايه في المستقبل ولا يبطل ذلك القضاء وقال ابو يوسف يبطل وذكر القاضي الامام ابو
الحسن علي بن الحسين السغدي والشيخ الامام شمس الائمة ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي
(علي م)
في شرح ادب القاضي قول محمد مع ابي يوسف وجعل القاضي الامام هذا هذه المسئلة فرعا
للمسئلة المذكورة هنا وهو ان القاضي اذا قضى بخلاف رايه عند ابي حنيفة رحمه الله ينفذ
وعندهما لا ينفذ فهذا يبين ان المذكور في الجامع من اشتراط هذا الشرط قول ابي محمد رحمه الله وان
كان قول الكل فقد وقع اتفاقا فعلى هذا ما يفعله القضاة اليوم من تقليد شفعوي
المذهب في اليمين المضافة وبيع المدبر ان كان التقليد للحكم ببطلان اليمين وجواز
بيع المدبر كان قول ابي حنيفة وان كان التقليد للحكم بما يرى كان قول الكل الا ترى ان
السلف رحمهم الله كانوا يتقلدون القضاء من الخلفاء ويرون انما يحكمون على رايهم نافذا وان
كان ذلك مخالفا لراي الخلفاء لاتباعهم في المسائل حدهم عبد الله بن عباس رضي الله عنهما
وفي المنتقى ان القاضي اذا قضى فغلط في قضائه فقضى بخلاف رايه فاصاب بعض الاضداد
قال ابو حنيفة رحمه الله جاز وقال ابو يوسف ومحمد يرد وكذا ذكر الناطفي رحمه الله قول
محمد مع ابي يوسف في اجناسه وذكر انه لو قضى بخلاف مذهبه مع العلم بحاله لا يجوز في
قولهم ذكر الخصاف رحمه الله في ادب القاضي اذا وقعت مسئلة فيها اختلاف اجتهد
رايه وقضى به ولئن شاور قوما من اهل مجلسه واتفقوا على شيء حكم به وان اختلفوا
فيه قضى بما هو الحق عنده فان اجمعوا على شيء ورايه بخلافه فلا يعجل ويكتب الى غيرهم
ثم ينظر الى الاحسن عنده فيمضيه فان لم يكن له راي فشاور فقيها واحدا
جاز له ان ياخذ بقوله وان كان عنده راي بخلاف رايه قضى برايه وان كان الذي
شاوره افقه منه جاز له ان يترك اجتهاده والرجوع الى قوله قال ابو بكر الجصاص
رحمه الله هذا قول ابي حنيفة رحمه الله وروى داود بن رشيد عن محمد رحمهما الله نحو هذا
وروى اسد بن عمرو عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يسعه الا ان يحكم برايه وقالا لا يجوز
له ان يترك اجتهاده لاجتهاد غيره وكان ابو عبد الله الجرجاني رحمه الله يقول في قول ابي

حنيفة رحمه الله لا يجوز وفي قولهما يجوز فاذا في نفاذ قضاء القاضي بخلاف رايه وهو عالم
به عن ابي حنيفة رحمه الله روايتان وكذا عن محمد رحمه الله واختيار القاضي الامام
شمس الدين محمود رحمه الله عدم النفاذ وهذا كله فرع مذهبنا بناء على ان شهادة المحدود في
القذف بعد التوبة لا يقبل وعند الشافعي رحمه الله يقبل وهو قول عمر رضي الله عنه وقد كان يقول
لابي بكرة وقد حد حد القذف تب تقبل شهادتك واستدل بظاهر الاية فان الله تعالى
قال الا الذين تابوا والاستثناء متى تعقب كلمات منسوقة بعضها على البعض ينصرف
الى جميع ما تقدم الا ما قام الدليل عليه كقول القائل لامراته طالق وعبده حر وعليه
حجة الا ان يدخل الدار ثم قام الدليل من حيث الاجماع على ان الاستثناء لا ينصرف فيهما سواه
على الطعام ... عندنا ينصرف الى الجلد ايضا الا ان الجلد حق المقذوف ولهذا يورث عنده
فتوبته في ذلك ان يستعفيه فلا جرم اذا استعفاه فعفا عنه سقط الجلد ولهذا
اذا تاب قبل الجلد يقبل شهادته بالاجماع ولانه شهادة صدرت من اهلها في محلها
ومست الحاجة الى قبولها فيقبل كالمحدود في الزنا ولا شك في الاوصاف لانه حر صدر
عن عاقل مسلم عدل وهو اهل من حيث الحكم ايضا بدليل انعقاد النكاح بحضرته مع نفي
النبي عليه السلام النكاح الا بشهود والمحل مجلس الحكم وصفا الحق والحاجة احياء حق
المستحق ويمكن القاضي من فصل المنازعة بينهما ثم الكلام في الموجب للرد وهو فسقه
وذلك ان يرتفع بالتوبة وهذا على اصلكم اظهر لان النهي عن قبول شهادته يدل على ان له شهادة
شرعا الا انه لا يقبل لعارض الفسق وقد زال بالتوبة وانما قلنا ذلك لان الموجب للرد اما ان
يكون نفس القذف او اقامة الحد عليه او سمة الفسق لا وجه الى الاول لانه خبر متمثل
بين الصدق والكذب فباعتبار الصدق لا يوجب الرد خصوصا على التابيد ولان هذا افتراء
منه على عبد من عباد الله تعالى فلا يكون اعظم من افترائه على الله تعالى وهو الكفر وذلك لا يوجب
رد الشهادة على التابيد وهذا على اصلكم اظهر فانكم تقولون قبل اقامة الحد عليه تقبل شهادته
وان لم يتب وبعد التوبة تقبل بالاتفاق ولا وجه الى الثاني فان ذلك فعل الغير ويعتبر
اقامة هذا الحد باقامة سائر الحدود وهذا لان الحد مزوجة بنفسه تطهيرا قال عليه
السلام الحدود كفارات لاهلها فلا يصلح ان يكون سببا لرد شهادته على التابيد وحاله
اذا تاب بعد اقامة الحد عليه احسن من حاله قبل اقامة الحد عليه فاذا بطل الوجهان
صح ان الموجب للرد فسقه وقد ارتفع ذلك بالتوبة بدليل قبول خبره في الديانات ولهذا
قلت لا يقبل شهادته قبل اقامة الحد عليه اذا لم يتب لان الفسق ثبت بنفس القذف لما فيه من هتك

ستر

ستر العفة على المسلم ولهذا يجب الحد عليه والحد لا يجب الا بارتكاب جريمة موجبة
للفسق ولان هذا محدود في قذف فبعد توبته لا يقبل شهادته كالذمي اذا اسلم بعد اقامة
حد القذف عليه ولهذا يقبل شهادته بعد اقامة حد الزنا مع ان الزنا افحش ولهذا كانت
عقوبته اغلظ فلان يقبل هنا كان اولى ثم انكم ناقضتم حيث قلتم تقبل شهادة الذمي
المحدود في القذف اذا اسلم ولا يقبل شهادة العبد المحدود اذا اعتق ومذهبنا مروي
عن ابرهيم وشريح رحمهما الله وهو قول ابن عباس رضي الله عنه فانه كان يقول يقبل توبته فيما
بينه وبين الله تعالى فاما نحن فلا نقبل شهادته وحجتنا قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة
ابدا والابد لا نهاية له فالتنصيص عليه في بيان رد شهادته دليل على انه يتناول الشهادة
على التابيد ومعنى قوله لهم اي للمحدودين في القذف وبالتوبة لا يخرج من ان يكون محدودا
في قذف بخلاف قوله تعالى ولا تصل على احد منهم مات ابدا ومعناه من المنافقين وبالتوبة
يخرج من ان يكون منافقا والمراد من الابد شهادته في الحوادث لا الشهادة التي كانت قبل ذلك
مقبولة بالاجماع قبل التوبة وبعدها ولانا نأخذ من الشهود على صدقه لكنه بعد اقامة
الحد عليه تقبل ويصير هو مقبول الشهادة وقوله تعالى لهم بمنزلة قوله شهادتهم كما يقال هذه
دارك وهذه دار لك اذا كان اللفظ يصلح لكل واحد منهما يجب اتفاقا وهذا لان النكرة في النفي
تعم وفي التنكير دليل على ان المراد ما قلنا دون اربعة يشهدون له فانه لو كان المراد ذلك
لقال ولا تقبلوا لهم الشهادة ابدا فالمنكر اذا اعيد يعاد معرفا قال الله تعالى كما ارسلنا
الى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول ولا كلام في المسئلة من طريق القياس فان مقادير الحدود
لا يعرف به ولكن الكلام على طريق الاستدلال بالمنصوص فنقول رد الشهادة من تمام حد
واصل الحد لا يسقط بالتوبة فما هو متمم له لا يسقط ايضا وبيانه ان نفس القذف
لا يوجب الحد كما قال انه خبر متمثل وربما يكون حسبة اذا علم اصراره ووجد اربعة
من الشهداء ليقيم عليه الحد ولهذا يتمكن من اثباته بالبينة ولكن وجوب الحد عليه بالقذف
مع عجزه عن الاتيان باربعة من الشهداء واليه اشار الله تعالى في قوله عز وجل ثم لم ياتوا
باربعة شهداء فالمعطوف على الشرط شرط ثم العجز عن ذلك يظهر بما يظهر به العجز من الدفع
في سائر الحوادث فعند ذلك يصير القذف موجبا جلدا مؤلما محرما لقبول الشهادة
وذلك منصوص في قوله تعالى فاجلدوهم والفاء للتعقيب وقوله لهم عطف على الجلد
والعطف للاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه فاذا كان المعطوف عليه حدا كان المعطوف
من تمام الحد كما قال الشافعي رحمه الله في قوله عليه السلام وتغريب عام انه من تمام حد البكر

عنهما

ولا تقبلوا لهم

للعطف والتعجب منه انه زاد على كتاب الله تعالى بالخبر الواحد واوجب الحد به وهنا نص الله تعالى على رد شهادته ولم يعمل به لكنا نقول التعريض لا يصلح حدا لما فيه من الاعراض على ارتكاب الفاحشة دون الزجر وهنا رد الشهادة صالح لتتميم الحد لانه مولم عليه كما ان الضرب مولم فكان نفيه معنى الزجر اذ لا شى اضر على المسلم ان يصير مكذبا بالهو ديا لم العاقل به اكثر مما تالم بالضرب والاصل ان العقوبة اذا شرعت عقيب جريمة احسل انها ولا جريمة هنا سوى القذف ثم جريمة القاذف باللسان ورد شهادته جد في المحل الذى حصل به الجريمة وذلك مشروع كحد السرقة والمقصود من هذا الحد دفع الشين عن المقذوف وذلك في اهدار قوله اظهر منه في اقامة الحد عليه فلهذا جعلنا رد الشهادة متمما للحد لانه دوا فلا يصلح متمما ثم حرف العطف في قوله ولا تقبلوا لا يمنع العطف فقد يعطف النهى على الامر كما تقول لغيرك اجلس ولا تتكلم واما قوله تعالى واولئك هم الفاسقون ليس بعطف بل هو ابتدا بحرف الواو وقد يكون ذلك لحسن نظم الكلام كقوله تعالى والراسخون في العلم وقوله تعالى ولباس التقوى وقوله تعالى ويمحو الله الباطل وبيان انه ليس بعطف ان قوله تعالى فاجلدوهم ثمانين جلدة امر بفعل وهو خطاب الايمة وقوله ولا تقبلوا نهى عن فعل وهو خطاب الايمة ايضا وقوله واولئك هم الفاسقون اثبات وصف لهم فكيف يتحقق المشاركة بينه وبين ما تقدم ليكون عطفا فكان كلاما مبتدا ولا جملة على الحال كقولهم جاءنى زيد وهو راكب فيصير تقدير الاية والذين يرمون فلا تقبلوا لهم شهادة ابدا وهم فاسقون اى حال فسقهم لان الحال لا يكون معرفة بل هو نكرة وذوا الحال معرفة ويجوز ان يكون نكرة وقوله الفاسقون معرفة فلا يصلح للحال ولهذا لا يصح ان يقال جا زيد الراكب منصوبا على الحال بل يكون وصفا كذلك هنا ولان قوله تعالى واولئك هم الفاسقون بيان لجريمتهم وازالة لاشكال انهم لماذا استوجبوا هذه العقوبة وما تقدم بيان الواجب بالجريمة ولا يتحقق عطفا الجريمة على الواجب بها والدليل عليه انه لو كان هذا عطفا لكان من الحد ايضا فينبغى ان لا يرتفع بالتوبة كما لا يرتفع الحد فلا تاثير للتوبة في الحد وانما يسقط عنه بالعفو سوا تاب القاذف اولم يتب وكان ينبغى ان يقال اذا تاب حتى حرم تفسيقه ان لا يقام عليه الحد لان الحد لا يحتمل الوصف بالتجزى والذى يوضح ما قلنا ان الثابت بالنص هو التوقف في خبر الفاسق كما قال الله تعالى فتبينوا والمنصوص عليه هنا حكم اخر وهو الرد دون التوقف فعرفنا انه ليس بسبب الفسق بل هو متمم للحد ولو كان رد الشهادة بسبب

الفسق

الفسق لكان هذا عطف الجملة على الجملة وذلك لا يحسن في البيان ولهذا قلنا لا تقبل شهادته قبل اقامة الحد وان لم يتب لانه من تمام حده واوانه بعد اقامة الحد وهذا لانه قبل اقامة الحد تصير محكوما بكذبه والمتهم بالكذب لا شهادة له فالمحكوم بالكذب اولى ويستدل لهذا في التعليل فانه بعد اقامة الحد عليه في جميع الحوادث بمنزلة الفاسق اذا شهد في حادثة فردت شهادته فتلك الشهادة لا يقبل منه بعد ذلك وان تاب لانه صار محكوما بكذبه فيها فكذلك المحدود في جميع الشهادات وبيانه فيما روى ان هلال بن امية لما قذف امراته بشريك بن سمحا قال المسلمون الان يجلد هلال فيبطل شهادته في المسلمين فذلك دليل على انه لا يبطل شهادته قبل اقامة الحد وان ابطالها من تمام حده وتاويل قول عمر رضى الله عنه لابى بكرة تب تقبل شهادتك في الديانات فانا نرى ان ابا بكرة كان اذا استشهد في شى قال وكيف اشهد وقد ابطل المسلمون شهادتي وهو اعلم بحاله من غيره واما الذمى اذا اقيم عليه حد القذف سقطت شهادته ايضا لانه كان من اهل الشهادة ثم بالاسلام استفاد شهادة لم تكن موجودة عند اقامة الحد وهذه الشهادة لم تصر مردودة وبه فارق العبد لانه ليس من اهل الشهادة وتمام الحد برد الشهادة فيتوقف على العتق فان عتق الان ثم جلد يرد شهادته وهذا الفرق على الرواية التى تقول ان خبر المحدود في القذف في الديانات تقبل اما على الرواية التى تقول لا يقبل وهى رواية المنتقى فوجه الفرق ان الكافر بالاسلام استفاد عدالة لم يكن موجوده عند اقامة الحد وهذه العدالة لم يصر مجروحا بخلاف العبد فهو بالعتق لا يستفيد عدالة لم يكن موجوده قبل وقد صارت عدالته باقامة الحد عليه فلا تقبل شهادته بحال ولا يقال القاذف عندى لا يكون اهلا للشهادة عند اقامة الحد عليه لانه فاسق وانما يستفيد الاهلية بعده بالتوبة لانا نقول النص يقتضى رد شهادة مضافة اليه فلا تقبل سوا اداها حالا او بعد ذلك للعموم المستفاد من النكرة في محل النفى ولانه قامت الدلالة لنا على ان الفاسق من اهل الشهادة فلا يحدث له الاهلية بالتوبة ثم مذهبه من اقوى دليل لنا عليه فان عنده قبل التوبة لا شهادة له فلا يتصور رد شهادته ويتبين بهذا ان المراد من قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا رد شهادته بعد وجودها بالاهلية وذلك بعد التوبة واما ما تمسك به من الاستثنا فلا نسلم انه استثنا حقيقة وهذا لما عرف ان الاستثنا تكلم بالباقى بعد الثنيا فلا يخلوا اما ان يكون هذا استثنا عن الاشخاص او عن الازمان ولا وجه الى كل واحد لان

تعدم

الجرم

لحط وهو

مجروحا

منهما

وصد

يمكنهم

للعطف والتعجب منه انه زاد على كتاب الله تعالى بالخبر الواحد واوجب الحد به وهنا
نص الله تعالى على رد شهادته ولم يعمل به لكنا نقول التعريض لا يصلح حدا لما فيه من الاغراء
على ارتكاب الفاحشة دون الزجر وهنا رد الشهادة صالح لتتميم الحد لانه مؤلم
عليه كما ان الضرب مؤلم فكان في معنى الزجر اذ لا شيء اضر على المسلم ان يصير مكذبا
ويتالم العاقل به اكثر مما يتالم بالضرب والاصل ان العقوبة اذا شرعت عقيب جريمة
احلت اليها ولا جهة هنا سوى القذف ثم جريمة القاذف باللسان ورد شهادته
حد في المحل الذي حصل به الجريمة وذلك مشروع كحد السرقة والمقصود من هذا الحد
دفع الشين عن المقذوف وذلك في اهدار قوله اظهر منه في اقامة الحد عليه فلهذا
جعلنا رد الشهادة متمما للحد لانه دوا فلا يصلح متمما ثم حرف العطف في قوله ولا تقبلوا
لا يمنع العطف فقد يعطف النهي على الامر كما تقول للغير اجلس ولا تتكلم واما قوله
تعالى واولئك هم الفاسقون ليس بعطف بل هو ابتدا بحرف الواو وقد يكون ذلك لحسن
نظم الكلام كقوله تعالى والراسخون في العلم وقوله تعالى ولباس التقوى وقوله تعالى
ويمحو الله الباطل وبيان انه ليس بعطف ان قوله تعالى فاجلدوهم ثمانين جلدة امر بفعل
وهو خطاب الايمة وقوله ولا تقبلوا نهي عن فعل وهو خطاب للايمة ايضا وقوله واولئك
هم الفاسقون اثبات … لهم فكيف يتحقق المشاركة بينه وبين ما تقدم ليكون عطفا
فكان كلاما مبتدا ولا جملة على الحال كقولهم جاءني زيد وهو راكب فيصير تقدير الاية
والذين يرمون فلا تقبلوا لهم شهادة ابدا وهم فاسقون اي حال فسقهم لان الحال لا يكون
معرفة بل هو نكرة وذو الحال معرفة ويجوز ان يكون نكرة وقوله الفاسقون معرفة فلا يصلح
للحال ولهذا لا يصح ان يقال جاء زيد الراكب منصوبا على الحال بل يكون وصفا كذلك هنا
ولان قوله تعالى واولئك هم الفاسقون بيان لجريمتهم وازالة الاشكال انهم لماذا استوجبوا
هذه العقوبة وما تقدم بيان الواجب بالجريمة ولا يتحقق عطف الجريمة على الواجب
بها والدليل عليه انه لو كان هذا عطفا لكان من الحد ايضا فينبغي ان لا يرتفع بالتوبة
كما لا يرتفع الحد فلا تاثير للتوبة في الحد وانما يسقط عنه بالعفو سواء تاب القاذف
او لم يتب وكان ينبغي ان يقال اذا تاب حتى حرم تفسيقه ان لا يقام عليه الحد
لان الحد لا يحتمل الوصف بالتحري والذي يوضح ما قلنا ان الثابت بالنص هو التوقف
في خبر الفاسق كما قال الله تعالى فتبينوا والمنصوص عليه هنا حكم اخر وهو الرد دون
التوقف فعرفنا انه ليس بسبب الفسق بل هو متمم للحد ولو كان رد الشهادة بسبب

الفسق

الفسق لكان هذا عطف الجملة على الجملة وذلك لا يحسن في البيان ولهذا قلنا
لا تقبل شهادته قبل اقامة الحد وان لم يتب لانه من تمام حده واوانه بعد اقامة الحد
وهذا لانه قبل اقامة الحد تصير محكوما بكذبه والمتهم بالكذب لا شهادة له فالمحكوم
بالكذب اولى ويستدل لهذا في التعليل فانه بعد اقامة الحد عليه في جميع الحوادث
بمنزلة الفاسق اذا شهد في حادثة فردت شهادته فتلك الشهادة لا يقبل منه بعد
ذلك وان تاب لانه صار محكوما بكذبه فيها فكذلك المحدود في جميع الشهادات
وبيانه فيما روي ان هلال بن امية لما قذف امراته بشريك بن سحما قال المسلمون
الان يجلد هلال فيبطل شهادته في المسلمين فذلك دليل على انه لا يبطل شهادته قبل
اقامة الحد وان بطلانها من تمام الحد وتاويل قول عمر رضي الله عنه لابي بكرة تقبل شهادتك
في الديانات قال … نرى ان ابا بكرة كان اذا استشهد في شيء قال وكيف اشهد وقد ابطل
المسلمون شهادتي وهو اعلم بحاله من غيره واما الذمي اذا اقيم عليه حد القذف سقطت
شهادته ايضا لانه كان من اهل الشهادة ثم بالاسلام استفاد شهادة لم تكن موجودة
عند اقامة الحد وهذه الشهادة لم تصر مردودة وبه فارق العبد لانه ليس من اهل
الشهادة وتمام الحد برد الشهادة فيتوقف على العتق فان عتق الان تم حده برد شهادته
وهذا الفرق على الرواية التي تقول ان خبر المحدود في القذف في الديانات تقبل اما
على الرواية التي تقول لا يقبل وهي رواية المنتقى فوجه الفرق ان الكافر بالاسلام
استفاد عدالة لم تكن موجودة عند اقامة الحد وهذه العدالة لم تصر مجروحة بخلاف
العبد فهو بالعتق لا يستفيد عدالة لم تكن موجودة قبل وقد صارت عدالته باقامة
الحد عليه فلا تقبل شهادته بحال ولا يقال القاذف عندي لا يكون اهلا للشهادة عند
اقامة الحد عليه لانه فاسق وانما يستفيد الاهلية بعد بالتوبة لانا نقول النص
يقتضي رد شهادة مضافة اليه فلا تقبل سواء اداها حالا او بعد ذلك للعموم المستفاد
من النكرة في محل النفي ولانه قد مر الدلالة لنا على ان الفاسق من اهل الشهادة فلا يحدث
له الاهلية بالتوبة ثم مذهبه من اقوى دليل لنا عليه فان عنده قبل التوبة لا شهادة له
فلا يتصور رد شهادته ونبين بهذا ان المراد من قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا
رد شهادته بعد وجودها بالاهلية وذلك بعد التوبة واما ما تمسك به من الاستثنا فلا
نسلم انه استثنا حقيقة وهذا لما عرف ان الاستثنا تكلم بالباقي بعد الثنيا فلا
يخلو اما ان يكون هذا استثنا عن الاشخاص او عن الازمان ولا وجه الى كل واحد لان

من عجز وجلد وردت شهادته متى تاب لا نبين انه غير مراد بصدر الخطاب بالاجماع
فلا يكون استثنا الاشخاص عن الاشخاص مع انعدام حقيقة الاستثنا فيه ولا وجه الى
الثاني لان المستثنى الذين تابوا وليسوا من جنس الايمان ولا بد لصحة الاستثنا منه فيكون
الا بمنزلة لكن ويصير تقديره لكن الذين تابوا فان الله تعالى يغفر لهم ويرحمهم فلا جرم بزوال ما يلزم
زواله وجود المغفرة والرحمة وهو الفسق اما الجلد ورد الشهادة فلا ضرورة في زوالها
ولئن كان استثنا حقيقة لكن لم قلتم انه يرجع الى الجملة بل عندنا يرجع الى الجملة الاخيرة
او ان كان يرجع الى الجملة فانما يرجع اذا كانت الواو عاطفة وليس كذلك لما قلنا وهذا لان
الاول امر والثاني نهي والثالث خبر ولا يعطف الخبر عليهما ولا هما عليه فانه لا يقال اضرب
زيدا وخرج بكر وجاء عمرو وقل الحق فيكون للابتداء وقوله النهي يقتضي المتصور قلنا المنهي
قبول شهادته والقبول فعل حسي والشهادة قول حسي وهما متصوران حسا فان الشهادة
يكون شهادة حقيقة سواء ردت او قبلت ولان هذا اللفظ يذكر لابطال الاهلية وجرح
العدالة كما يقال لا تقبل شهادة العبد وشهادة الكافر ويراد به انه ليس باهل فان
كان القاضي هو المحدود في القذف فقضى لرجل على آخر واشهد على ذلك ثم رفع الى قاض آخر
لا يرى جوازه ذلك فانه يبطل قضاءه لوجهين احدهما ان قضاءه مختلف كشهادته بعد
التوبة فكما لم تتصل بشهادته قضاء قاض لم ينفذ فكذا ما لم يتصل بقضائه قضاء
قاض ايضا لا ينفذ والثاني انه قضى في فصل مجتهد فيه لكن لنفسه من وجه فلا
ينفذ الا بقضاء قاض آخر فان قيل تقليد الامام الاعظم اياه لم لا يكون قضاء بكونه
قاضيا فينفذ قضاؤه على الوجه الاول لاتصال القضاء به وعلى الوجه الثاني لتبيينه
انه قاض لغيره من كل وجه قيل له الامام الاعظم اذن له بالقضاء لا انه قضى بكونه
قاضيا لان القضاء لفصل الخصومة بين المتخاصمين ولم يوجد ذلك وقت التقليد فلو
رفع حكم القاضي المحدود الى قاض آخر يرى ان يجوز فاجازه ثم رفع الى قاض آخر
يرى ابطاله امضى القضاء الاول ولا يرده لان الثاني امضى فصلا مختلفا فيه كما ذكرنا
وكذلك قاض اجاز شهادة رجل لامرأته مع رجل آخر وقضى به ثم رفع الى قاض آخر يرى
ان لا يجوز شهادة الرجل لامرأته فانه يمضيه ولا يبطله لانه قضى في فصل مختلف
فيه ولو ان القاضي نفسه قضى لامرأته بشهادة رجلين ثم رفع الى قاض آخر يرى
ابطاله ابطله اما على الوجه الاول فلان قضاءه لامرأته مختلف فيه كشهادته لامرأته
فيتوقف نفاذه على امضاء قاض آخر واما على الوجه الثاني فلانه في هذا القضاء قاض

لنفسه

لنفسه من وجه فيتوقف نفاذه على امضاء قاض آخر ليتبين انه قضى لغيره
من كل وجه لا لنفسه من وجه فلو رأى الثاني اجازته واجازه ليس للثالث ان يبطله
لما ذكرنا وعدم قبول شهادة احد الزوجين لصاحبه مذهبنا اما عند الشافعي
رحمه الله يقبل شهادة احدهما لصاحبه وكان سفين الثوري رحمه الله يقول شهادة الزوج
لزوجته تقبل وشهادة المرأة لزوجها لا يقبل لانها في حكم المملوكة المقهورة تحت يده
فيمكن تهمة الكذب في شهادتها له وذلك ينعدم في شهادته لها واعتمد فيه
حديث علي رضي الله عنه فانه شهد لفاطمة رضي الله عنها في دعوى فدك مع امرأة بين
يدي ابي بكر رضي الله عنه فقال لها ابو بكر رضي الله عنه ضمي الى الرجل رجلا او الى
المرأة امرأة فهذا اتفاق منهما على شهادة الزوج لزوجته وبه استدل الشافعي رحمه
الله ايضا لكنا نقول دليل التهمة يعم الجانبين لما ذكرنا ويكون ذلك في جانب
الزوج اظهر لانها لما كانت في يده كان ما لها في يده من وجه ايضا فهو يثبت اليد لنفسه
في المشهود به وكذلك يكثر مالها يزداد قيمة ملكه فان قيمة المملوك بالنكاح تختلف
بقلة مالها وكثرته بدليل اعتبار مهر المثل به فمن هذا الوجه يكون الزوج شاهدا
لنفسه ولا حجة في حديث علي رضي الله عنه لان ابا بكر رضي الله عنه لم يعمل بتلك الشهادة
بل ردها الا ان للرد طريقان الزوجية ونقصان العدد واشار الى اخفهما على الخصم
او لانه اقوى اسباب الرد فان القضاء مع نقصان العدد لا يجوز بحال ولو قضى بذلك
قاض لا ينفذ ومع الزوجية يجوز لو قضى به قاض ينفذ وكذلك علي رضي الله عنه علم
ان ابا بكر رضي الله عنه لا يعمل بتلك الشهادة لنقصان العدد وكره ايحاشها بالامتناع
من اداء الشهادة او يدعي الخصوصية لنفسه كما روي انه ادعى شيئا عند شريح رحمه الله
واستشهد ولده حسن رضي الله عنه مع اتفاقنا ان شهادة الولد لوالده لا يقبل وقد
قيل شهادة علي رضي الله عنه لم يشتهر انما المشهور انه شهد لها رجل وامرأة و
وان الشافعي رحمه الله يقول عدل شهد لغيره فيقبل كما قبل العقد وبعد الطلاق والوصف
ظاهر والجامع الحاجة الى احياء الحق وتمكن القاضي من قطع المنازعة والحاجة
الى دفع المعارض فجعل السبب بينهما بعصبة والزوجية قد يكون سببا للتنافر
والعداوة وقد يكون سببا للميل والايثار فهي نظير الاخوة او دونها فانها يحتمل القطع
والاخوة لا ولهذا يجري القصاص بينهما ولا يعتق كل واحد منهما على صاحبه اذا ملكه
ولانه عقد وصلة بينهما باعتبار العقد فلا يورث تهمة مانع قبول الشهادة كالصداقة

جوازه

وكذا في الصهر والختن ولو كانت الوصلة بينهما مانعة لتسرى الى الاولاد كما في
الوالدين والمولودين وهذا لان عقد النكاح يثبت احكاما مشتركة بينهما فيما وراء ذلك
بين كل واحد منهما من صاحبه كالاجنبي كشريكي العنان ونحن انما في ذلك ان ما بينهما
من وصلة الزوجية يمكن تهمة في شهادة كل واحد منهما لصاحبه فلا تقبل لان العدالة
انما يدل على رجحان الصدق عند استواء الخصمين في حقه ولا يدل عليه عند عدم الاستواء
الا ترى ان في شهادته لنفسه او فيما له فيه منفعة لا يظهر رجحان جانب الصدق
باعتبار العدالة لظهور ما يمنع من ذلك باعتبار العادة وكذا في قرابة الولاد وبيانه من
وجوه احدها ان عقد النكاح انما شرع ليألف كل واحد منهما بصاحبه ويميل اليه
ويوثره على غيره واليه اشار الله تعالى في قوله خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا
اليها وهو مشروع لمعنى الاتحاد في القيام بمصالح المعيشة ولهذا جعل رسول
الله صلى الله عليه وسلم امور داخل البيت على فاطمة رضي الله عنها وامور خارج البيت على
~~خارج البيت~~ عنه وبهما يتم مصالح المعيشة فكانا في ذلك كشخص واحد ولا
ينال هذا الاتحاد بينهما في حقوق النكاح خاصة لان معنى الاتحاد في حقوق النكاح مستحق
شرعا وفيما وراء ذلك ثابت عرفا فالظاهر ميل كل واحد منهما الى صاحبه وايثاره
على غيره كما في الاباء والاولاد بل اظهر فانه قد يعادي والديه لرضى زوجته وقد
يأخذ المرأة من مال ابيها فيدفعها الى زوجها والدليل عليه ان كل واحد منهما يعد منفعة
صاحبه منفعته ويعد الزوج غنيا بمال الزوجة قيل في تأويل قوله تعالى ووجدك عائلا
فاغنى اي بمال خديجة رضي الله عنها ولما جاء الى عمر رضي الله عنه رجل فقال ان عبدي سرق
مرآة امرأتي فقال ما لك سرق بعضه بعضا والدليل على ان الزوجية بمنزلة الولاد حكما
استحقاق الارث بها من غير حجب بمن هو اقرب توضيحه ما قلنا ان الزوجية بمنزلة الاصل
للولاد فان الولاد ينشأ من الزوجية والحكم الثابت للفرع يثبت في الاصل وان انعدم ذلك
المعنى فيه الا ترى ان المحرم اذا كسر بيض الصيد يلزمه الجزاء وليس فيه معنى الصيد لكنه
اصل للصيد فيثبت فيه من الحكم ما يثبت في اصل الصيد الا ان هذا الاصل انما يلحق بالولاد
في حكم يتصور قيام تلك الزوجية عنده كالحكم دون ما لا يتصور كالقصاص فانه يجب بعد القتل
ولا زوجية بعد قتل احدهما صاحبه والعتق انما يثبت بعد الملك ولا زوجية بعد
الملك اما حكم الشهادة يكون في حال قيام الزوجية فيلحق الزوجية فيه بالولاد وليس
هذا كالاخوة لانه لا تمتد هناك لان المنافع بينهما غير متصلة ولا يصح تعليق الحكم بالبعضية

على رضي الله عنه صح

الانسان صح

الزوجية صح

لانها

لانها بعضية منفصلة فلا يتعلق بها الحكم كالعتق ونحوه على ان تعليق الحكم بالبعضية
عند القياس لانها لا تتعدى توجب التعليق بما يتعدى وهي التهمة فكان الاصل في رد الشهادة
هي التهمة الا ان التهمة مرة تثبت بالفسق ومرة بالبعضية ومرة باتصال المنافع بينهما
ولا يداعي اسباب العلة انما يداعي العلة وهي التهمة كما قلنا في مسألة القريب انه يوجب العتق
ثم الملك يحصل بأسباب ولا يداعى اسباب الملك وانما يداعى اصل الملك وانما يسري
الى الاولاد والاباء بعلة القرابة ولا قرابة بين الزوج وابائها وانما بينهما حرمة المصاهرة
وذلك لا يمنع قبول الشهادة كالحرمة بسبب الرضاع لا يلزم على ما ذكرنا شهادة رب
الدين لغريمه المفلس وشهادة الاخ الذي المعسر لاخيه ووجوب الحد بوطئ جاريتها
وعدم التمكن من الانتفاع بالنقود من غير صريح الاذن وشهادة الصديق لصديقه ثم
هذه العلة غير مطردة فانها لو شهدت بالنكاح لزوجها لا يقبل وان لم يكن لها فيه منفعة
لانا نقول شهادته بالملك لها يلازمها ظهور حق الانتفاع له وهو صيرورته بحال لو استنفع بمالها
لا يمنع منه ولا ينكر الناس فيكون نصا في الشهادة ورب الدين ليس له حق الانتفاع
بمال غريمه انما له ان يأخذ متى ظفر بماله فيصير ملكا له فينتفع بماله وهذا لا يلازم
الشهادة والقضاء وكذا الاخ وهذا الفقر لا يجعل ملك المديون ملك رب الدين يعني ولا
ملكا للاخ ووجوب الحد بوطئ جاريتها يبطل بشهادة الابن لان الاثم هو موجب
للخصومة وفوات مصالح النكاح وولاية الانتفاع انما ثبت عرفا لتحقيق مصالح النكاح
ولا عرف في وطئ الامة وهو مفوت مصالح النكاح بل العرف فيه بالحجر والمنع او ان وجد دليل
الاطلاق والاباحة الا انه لا يباح بدون الملك والانتفاع بالنقود استهلاك يعني
ندعي اطلاق الانتفاع لا اطلاق الاستهلاك حتى لو كان للتزين والتكثر يباح بحكم العرف
واما شهادة الصديق قلنا هنا امارة الاذن العقد وهو ثابت مطلقا وهو امر ظاهر
فيتعدى الحكم الا المعارض بخلاف الصداقة لانه لا يمكن معرفتها حقيقة فرب رجل يظهرها
ويضمر خلافها على انا نقول متى عرف ان الصديق لصديقه مطلقا كما في حق الزوج والزوجة
لا تقبل ايضا وهو معنى الطعن في الولاء عند البعض في حديث عمر رضي الله عنه وانا
اذا شهدت بالنكاح فهو عكس على انه يبطل بشهادة الاب لابنه او الابن لابيه بالنكاح
فانه لا يقبل مع انعدام المنفعة لها وهذا لما عرف انه لا تطلب المعنى في كل فرد من الصور
بل يرد الى الجملة ويعطى له حكم الجملة ثم قال محمد رحمه الله والاصل في هذا ان كل قاض باطل
بطلها ان كان قضاء لم يختلف الناس في بطلانه لانه قضاء تارك للاجماع وان كان مما يختلف

واولاد المرأة صح

قضى صح

ثم اجاز لانه قضا صادف محله فينفذ فان رفع الى قاض آخر فانفذه ثم رفع
الى الثالث نظر الثالث في القضا الاول فان كان يجوز قضاؤه عند بعض الناس امضى
ذلك وان كان لا يجوز عند احد ابطله ومن ذلك لو ان عبدا او صبيا استقضي فقضى
لم يجز لان الصبي والعبد لا يصلح قاضيا ولو رفع الى قاض آخر فانفذ حكمه ثم رفع الى
قاض آخر فانه يبطله ويرده لان الثاني امضى قضا باطلا وكذا لو قضى بشهادة صبي
او عبد او ذمي على مسلم لان هذا القضا باطل بالاجماع فان قيل شهادة العبد وقضاؤه
مختلف فيه فان عند مالك رحمه الله تقبل شهادته فيكون اهلا للقضا فوجب ان يتوقف
نفاذه على امضا قاض آخر فاذا اجازه نفذ ولا يكون للثالث ابطاله قيل له خلاف
مالك لم يصح عند محمد في شهادة العبد وقضائه فحق من جملة ما اجتمعت الامة
على بطلانه او ان بلغه الا انه لم يعتد به لانه خلاف في اجماع السلف رضي الله عنهم وحكي
عن محمد بن سلمة رحمه الله قال كان يحيى بن اكثم رحمه الله اعلم الناس باختلاف العلماء
رحمهم الله وكان اذا قال في شي اتفق العلما على كذا يرد اهل العراق على قوله وقد قال
اتفق العلما على ان العبد لا شهادة له وروي ان عليا وزيدا رضي الله عنهما اختلفا
في المكاتب اذا ادى بعض الكتابة فقال علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما ادى منه وقال
زيد رضي الله عنه لا يعتق ما بقي عليه درهم فقال زيد لعلي ارايت لو شهد اكان يقبل
بعض شهادته دون البعض فهذا دليل الاتفاق منهما ان لا شهادة للعبد واختلف عمر
وعثمان رضي الله عنهما في العبد اذا شهد في حادثة فردت شهادته ثم اعتق فاعادها
فقال عثمان رضي الله عنه لا يقبل وقال عمر رضي الله عنه يقبل وذلك اتفاق منهما على انه لا شهادة
للعبد وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال لا شهادة للعبد وهذا لان في الشهادة
معنى الولاية فانه قول ملزم على الغير ابتدا وليس معنى الولاية فانه قول ملزم على
الغير ابتدا وليس معنى الولاية الا هذا والرق ينفي الولاية فان اصل الولاية ولاية المرء على
نفسه فاذا كان الرق يخرجه من اهلية الولاية على نفسه فعلى غيره اولى واستدل
في الكتاب بقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا والعبد لا يدخل في هذا الخطاب
لان خدمته ومنفعته لمولاه فلا يجب عليه الحضور لاداء الشهادة وان دعي الى ذلك
بل لا يحل له ذلك لان منافعه في هذا الزمان غير مستثنى من حق المولى ثم قال ولا يشبه ما
وصفنا المحدودين في قذف اذا شهدوا والاعميين لان شهادة هؤلاء يجيزها بعض
الفقها بخلاف العبد والصبي والنصراني في حق المسلم فان مالكا رحمه الله يقبل شهادة الاعمى

مقبولة

مقبولة لانه لا يقدح في العدالة والولاية فباعتبارهما يجب قبول الشهادة وبيانه
انه من اهل الولاية على نفسه فيتعدى الى غيره عند وجود سبب التعدي ولهذا
يملك انكاح اولاده والتصرف في مالهم وهو اهل للعدالة لانزجاره عما يعتقده
حراما في دينه ولهذا يقبل روايته فقد كان في الصحابة رضي الله عنهم من هو اعمى وقد
كان في الانبيا عليهم السلام من ابتلي بذلك فدل انه لا يقدح في العدالة وفوات
العينين كفوات اليدين والرجلين لكنا نستدل بما روي عن علي رضي الله عنه انه
شهد عنده اعمى فقال لتاخذ المشهود عليه انه اعمى فذكر ذلك لعلي رضي الله عنه
فرد شهادته ولانه يحتاج في تحمل الشهادة واداها الى التمييز بين المدعي والمدعى
عليه وقد عدم آلة التمييز حقيقة لانه انما يميز بين الناس بالصوت والنغمة فيمكن
في شهادته تهمة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود وذلك مانع من قبول الشهادة
وقال زفر رحمه الله فيما لا يجوز الشهادة عليه الا بالمعاينة لا شهادة للاعمى فاما
فيما يجوز الشهادة بالتسامع تقبل شهادته لانه في السماع كالبصير وانما عدم
آلة العيان لكنا نقول في اداء الشهادة يحتاج الى الاشارة الى المشهود له والمشهود
عليه ولا يتمكن من ذلك الا بدليل يشتبه وهو الصوت والنغمة وعلى هذا الاصل
قال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله اذا تحمل الشهادة وهو بصير ثم اداها وهو اعمى
تقبل شهادته لان تحمله قد صح بطريق يثبت العلم به وبعد صحة التحمل انما يحتاج
الى الحفظ والاعمى فيه كالبصير ويحتاج الى الاداء باللسان والاعمى فيه كالبصير
فتعريف المشهود له والمشهود عليه بذكر الاسم والنسب والاشارة اليهما بالطريق
الذي يعلم انه مصيب يكفي لاداء الشهادة الا ترى انه يباح له وطي زوجته وامته
ولا يميز بينهما من غيرهما الا بالصوت والنغمة وان البصير اذا شهد على غائب يقام
ذكر الاسم والنسب مقام الاشارة في صحة اداء الشهادة فكذا هنا ولابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله قالا لا تقبل لحديث علي رضي الله عنه فانه لم يستفسر انه وقت التحمل كان
بصيرا او اعمى فيه دليل ان ذلك كان معروفا بينهم حتى لم يخف على الناس ولكن ابو
يوسف يقول يحتمل ان ذلك كان في الحد وانا اقول في الحد اذا عمي قبل الاداء او
بعد الاداء قبل الامضاء لا تقبل شهادته لان الحدود تندرئ بالشبهات والصوت
والنغمة في حقه تقام مقام المعاينة في حق البصير والحدود لا تقام بما يقوم مقام

ميت ادعى

الغير بخلاف الاموال والمعنى ما ذكرنا ان في شهادته بهمة يمكن التحرز عنها بجنس
الشهود وذلك يمنع القبول كشهادة الاب لولده وبيانه ما ذكرنا انه يحتاج الى التمييز
بالاشارة وانما يميز بالصوت او بحر الغير وذلك لا يجوز له ولا للبصير ان يشهد بخبر
الغير فكذلك لا يقبل شهادته اذا كان تمييزه بحر الغير والاعمى في اداء الشهادة
كالبصير اذا شهد من وراء الحجاب بخلاف الوطى فانه يجوز ان يعتمد فيه خبر الواحد اذا
اخبره واحد ان هذه امراته وقد زفت اليه وهذا لان الضرورة تتحقق فيه فالاعمى
يحتاج الى قضاء الشهوة والنسل كالبصير ولا ضرورة هنا ففي الشهود كثرة وبخلاف
الموت فان ذلك لا يمكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فالمدعي وان استكثر من الشهود يحتاج
الى اقامة الاسم والنسب مقام الاشارة عند موت المشهود عليه او غيبته على ان هناك
الاشارة تقع الى الخلف وكيل الغايب ووصي الميت وهو في ذلك قايم مقامه ولا يقال بانه لما
كان يعلم عند الاشهاد انه يبتلى بالعمى لان هذا المعنى يضعف بما اذا فسق الشاهد بعد
التحمل فانه لا يقبل شهادته مع ان المدعي لا يعلم انه يفسق بعد التحمل ثم هذا في القصاص والحدود
التي فيها حق العباد موجود ولم يعتبر مع عظم حرمتها فلان لا يعتبر في الاموال مع خفة
حرمتها اولى ثم بماذا يعرف انه كان بصيرا وقت التحمل فان قول الشاهد فيه غير مقبول
وقول المدعي كذلك والمدعى عليه منكر للمشهود به اصلا قالوا ويتصور هذا فيما اذا جاء وهو بصير
ليؤدي الشهادة فلم يتفرغ القاضي لسماع شهادته حتى عمي او كان القاضي يعرفه او وقت
الذي عمي فيه وتاريخ المدعي سابق على ذلك اذا عرفنا هذا فنقول الاعمى اذا قضى بقضيته
ثم رفع الى اخر لا يرى جواز شهادة الاعمى ابطل حكمه اما على الوجه الاول فلان كونه قاضيا
مختلف فيه وعلى الوجه الثاني فلانه قضى لنفسه من وجه ولو رفع الى قاض يرى جواز شهادة
الاعمى فانفذه ثم رفع الى اخر لا يرى جوازها فانه ينفذ القضاء لان امضاء الثاني نافذ بالاجماع
فلا يكون للثالث ولانه الابطال ولو امراة استقضيت فحكمت جاز حكمها الا في الحدود
والقصاص لانها يصلح شاهدة في غير الحدود والقصاص فيصلح قاضية فلو انها حكمت
بالحد على القاذف او بالقصاص لا ينفذ فلو رفع الى قاض اخر له ان يبطله فان اجازه جاز
لانه قضى في موضع الاجتهاد وليس للثالث ان يبطله لان كونها قاضية في العقوبات
مختلف فيها ولو شهد رجل وامراتان على رجل بقصاص او حد قذف فقضى القاضي بذلك
ثم رفع الى قاض اخر ليس له ان يبطله لانه قضى في فصل مختلف فيه لان عند ابن ابي ليلى
رحمه الله شهادة النسا في حد القذف والقصاص مقبولة وعند شريح رحمه الله شهادة النسا

مدخل

مدخل في الحدود والقصاص وبه كان يقول الزهري على شهادة النسا ، وجوهر واذا كان
في قبول شهادتها خلاف فالحكم كان كونها قاضية مختلفا فيه فامضاء الثاني قضاها صادف
محلا مختلفا فيه فينفذ ولا يقدر الغير على ابطاله قاض قضى بقضاء اختلف الفقهاء فيه
يريد به اختلاف الفقهاء في تلك الحادثة لا في القضاء ورفع الى اخر فرد قضاء الاول ثم رفع
الى ثالث امضى قضى الاول ورد قضاء الثاني لان قضاء الاول كان في فصل مجتهد فيه فنفذ
فقضاء الثاني بالرد لم يكن مجتهدا فكان بخلاف الاجماع فكان باطلا فلم يتوقف على امضاء
قاض ثالث ولو كان قضاء الاول مختلفا فيه فيقول بعضهم هذا مختلف فيه ويقول بعضهم
هذا غير مختلف فيه يريد به في حادثة يقول بعضهم هذه الحادثة مختلف فيها وبعضهم
قالوا غير مختلف فيها بل متفق على فساده فانه يتوقف على امضاء قاض اخر فان امضاه نفذ
وليس لثالث ان يبطله بالاتفاق وان ابطله الثاني يبطل وليس لاخر ان يمضيه لان ذلك القضاء
مختلف فيه فاذا اتصل به القضاء ردا او امضاء نفذ مثاله ما ذكرنا من شهادة المحدود في القذف
وقضاء به وشهادة احد الزوجين لصاحبه وقضاء به والقضاء بشاهد ويمين والقضاء ببيع
امهات الاولاد والصلاة خلف المحدث فانه لا يجوز اما القضاء بشاهد ويمين فلانه خلاف
النص وهو قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقال عليه السلام البينة على المدعي و
اليمين على من انكر فهذا دليل على انه لا يمين في جانب المدعي ولان التقسيم الذي ذكره صاحب
الشرع صلى الله عليه وسلم دليل على انهما لا يجتمعان في جانب واحد واذا كان كذلك للمدعي
شهود كانت اليمين على المدعى عليه فان قال المدعى عليه انا اريد اليمين على المدعي لا يرد عليه
عندنا وقال ابن ابي ليلى اذا اتهمت المدعي رددت عليه المدعي في دعوى الديون لانها مشروعة
لدفع التهمة بها لكنا نقول اليمين لا بقاء ما كان على ما كان لا لاثبات ما لم يكن وحاجة المدعي الى
اثبات ما لم يكن ثابتا واليمين لا يصلح حجة في ذلك ثم هو مخالف للنص فان النبي عليه السلام
قال للمدعي ليس لك الا هذا شاهداك او يمينه فهو تنصيص على انه لا يمين في جانب
المدعي والقضاء ببيع امهات الاولاد بعض الفقهاء رحمهم الله قالوا ليس مختلف فيه لان الصحابة
رضوان الله عليهم وان اختلفوا فيه لكن اجمع من بعدهم على حرمة البيع والاجماع المتاخر يرفع
الخلاف المتقدم فلم يكن مختلفا فيه وبعضهم قالوا لا يرتفع فيبقى مختلفا فيه وهذا بناء
على ان الاجماع المتاخر هل يرفع الاختلاف المتقدم عند ابي حنيفة وابي يوسف لا وعند
محمد رحمه الله يرفع وهذه المسئلة كانت مختلفة في الصدر الاول كان عمر رضي الله عنه يقول
بان بيع ام الولد لا يجوز وعلي رضي الله عنه كان يقول انه يجوز ثم من بعدهم من السلف اتفقوا

هو صم

شهادة صم

لان العلماء ... شئ من محل الاجتهاد

اليمين

على انه لا يجوز وروى عن علي رضي الله عنه انه رجع عن قوله فجعلهما ليس الاجماع التابعين
من النوع ما يرفع الخلاف الذي كان بين الصحابة رضي الله عنهم فكان قضاء في فصل مجتهد
فيه فينفذ ولهذا لو جمع بين ام ولد وقن وباعهما صفقة واحدة صح البيع في القن كما لو جمع بين
قن ومدبر ولو لم يكن محلا للبيع لما صح في القن كما لو جمع بين حر وقن ولهذا لو باعها من نفسها
جاز وعند محمد رحمه الله لما ارتفع الخلاف المتقدم يحتاج الى التنفيذ قال الشيخ ابو بكر
محمد بن الفضل ومذهب محمد اظهر لانهم اجمعوا ان الخبرين اذا وردا عن النبي صلى الله عليه وسلم
وسع المجتهدين ان يجتهدوا فيأخذوا بالذي يؤدي اجتهادهم اليه فان اجمع الناس على
احد الخبرين صار الخبر الثاني مهجورا ولا يسع المجتهدين ان يجتهدوا فاذا اختلف الفقهاء
رحمهم الله في كونه مختلفا فيه او مجمعا عليه توقف على قضاء قاض اخر ان ابطله صح وان
اجازه نفذ في العيون هشام عن محمد رحمهما الله لو ان رجلا باع امته ولها زوج او باع مدبرا
في دين بعد موت سيده او باع ام ولد ثم ارتفعوا الى قاض فجعل بيعه طلاقا واجاز
بيع المدبر وام الولد ثم ارتفعوا الى قاض امضى قضاءه الا بيع ام الولد لانه قد جاء في بيع ام
الولد ان الذي قال يباع رجع عن ذلك يعني علي بن ابي طالب رضي الله عنه وقال ابو يوسف رحمه
الله في الامالي لو ان قاضيا قضى بشاهد ويمين او بجواز بيع ام الولد او بيع الدرهم بالدرهمين
او عبد بين اثنين اعتقه احدهما وهو معسر فقضى بسعيه او طلقها ثلاثا في الحيض فابطل
القاضي الطلاق وقال قضاؤه باطل ولقاض اخر ان يبطله ثم بعد خلاف قوم في هذه المسائل
معتبر او يجوز لقاض اخر ابطاله لمخالفته الاول والاجماع او النص والحكم في الخلع انه فسخ ام
طلاق كالحكم في ساير المجتهدات ذكر شيخ الاسلام خواهرزاده رحمه الله انه كان فيه لخلاف
الصحابة رضي الله عنهم ولو قضى بجواز نكاح مزنية الاب لا يجوز عند ابي يوسف والثاني
يبطله وعند محمد رحمه الله جاز ولا يبطله الثاني ولو قضى بشهادة الابن لابيه او الاب لابنه
يجوز عند ابي يوسف ولا يبطله الثاني وعند محمد رحمه الله لا يجوز ويبطله ولو قضى في
المأذون في النوع انه لا يصير مأذونا في الانواع كلها ينفذ لانه مجتهد من السلف رحمهم
الله قال شريح رحمه الله لا يصير مأذونا في الانواع كما قاله الشافعي رحمه الله لكن عند شرط
القضاء من الخصومه وبعدما باع كما يكون في الحجر حتى لو رفع الى قاض اخر يرى خلافه
امضاه ولا يبطله وبه تبين ان المختلف فيه بين السلف كالمختلف فيه بين الصحابة رضي الله
عنهم وفي نفاذ القضاء على الغائب بالبينة روايتان والاصح انه ينفذ وهكذا ذكر شمس الائمة
السرخسي رحمه الله في السير وان كان قضاء الاول مما لم يختلفوا فيه لانه باطل فقضى به ثم

اجاز

اجازه اخر نفذ بالحل بدلالة ان اجازة الثاني لم يصادف مختلفا فيه بل صادف اجماعا وفي
المبسوط اذا قضى بقضاء ثم بدا له ان يرجع عنه فان كان الذي قضى به خطاء لا يختلف
فيه رده وابطله يعني اذا كان مخالفا لنص او لاجماع فالقاضي بخلاف النص والاجماع باطل
وهو جهل من القاضي وفي الحديث ردوا الجهالات الى السنة وفي كتاب عمر رضي الله عنه
ولا يمنعك عن قضاء قضيته ثم راجعت فيه الى نفسك وهديت لرشدك ان تراجع فيه
فان الحق قديم لا يبطله الرجوع الى الحق خير من التمادي في الباطل وان كان خطاء مما يختلف فيه
امضاه على حاله وقضى فيما يستقبل بالذي ادى اليه اجتهاده ويرى انه افضل لان القضاء الاول لم
حصل في موضع الاجتهاد فنفذ ولزم على وجه لا يجوز ابطاله وهذا لان الثاني كالاول من حيث
انه عمل بغالب الظن فلا يجوز نقض الاول به كالقاضي الثاني والاصل فيه ما روي ان عمر رضي
الله عنه كان يقضي في حادثة بقضية ثم يرفع اليه تلك الحادثة فيقضي بخلافه فكان اذا
قيل له في ذلك قال تلك كما قضينا وهذه كما نقضي وقال الشعبي رحمه الله حفظت من عمر
رضي الله عنه في الجد سبعين قضية لا يشبه بعضها بعضا وبهذا يتبين ان الاجتهاد لا ينقض
باجتهاد مثله ولكنه فيما يستقبل يقضي بما ادى اليه اجتهاده واصله في التحري للقبلة
وذكر عن شريح رحمه الله انه كان يقضي بالقضاء ثم يبدو له فيرجع عنه ولا يرجع فيما كان
قضى به يعني في المجتهدات كان اذا تحول رايه بنى فيما يستقبل على ما ادى اليه اجتهاده
ولم ينقض ما كان قضى به وفيه دليل ان التابعي اذا ادرك الصحابة وسوغوا له الاجتهاد
معهم فان رايه ثبتا رضى بهم لان شريحا كان قاضيا في زمن عمر وعلي رضي الله عنهما ثم
كان يبني القضاء على رايه ولا يرجع اليهما فيما كان يبدو له وقد سوغوا له ذلك حتى كان
علي رضي الله عنه يقول له قل بها العبد الانظر وقد رجع ابن عباس رضي الله عنهما الى قول مسروق
في بحر الولد وعن عامر رحمه الله قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضي بالقضاء فينزل عليه
القرآن بخلافه فيمضيها قضى به ويستانف القضاء وفيه دليل انه كان يقضي باجتهاده
فيما لم يوح اليه فيه الا انه ما كان يعجل بالقضاء ولكن ينتظر الوحي فاذا انقطع طمعه عن
الوحي فيه قضى فيه باجتهاده وصار ذلك شريعة ثم نزل القرآن بخلافه بعد ذلك فيكون
ناسخا له ونسخ السنة بالكتاب جائز عندنا ونظيره القبلة فانه عليه السلام بعدما قدم
المدينة كان يصلي الى بيت المقدس ستة عشر شهرا ثم انتسخ ذلك بالامر بالتوجه
الى الكعبة فكان يستانف العمل بالناسخ ولا يبطل ما عمل لان النسخ ينهي مدة الحكم ولا
يبين انه لم يكن حقا قبل نزول الناسخ واستدل لهذا الحديث على ما تقدم في المجتهدات

فانه لا ينقضها كان يقضي به الا انهما يفترقان من حيث ان الراي لا ينسخ الراي ك رجلان
رضيا بحكم فحكم بينهما بقضيته نحكم ثم رفع ذلك الى القاضي فان كان يوافق راي القاضي
امضاها والا ردها لان الحكم بمنزلة القاضي في حقهما لانهما رضيا بحكمه فنفذ حكمه في حقهما
ولا يتعدى دوا جوبهما على ابطاله اما في حق القاضي فلم ينفذ لعدم الولاية عليه فيتوقف
نفاذه على اجازته لان بحكمه لا يبطل راي القاضي بخلاف القاضي اذا قضى في فصل مجتهد
فيه حيث ينفذ على الكل لان له ولاية على الكل فينفذ في حق الكل ويصير الكل مقتضيين
عليهم والبه اشار في الكتاب فقال لانه صلح يريد به بمنزلة الصلح في حق القاضي وفي حق غير
المحكمين اما في حق المحكمين فقضا الا ترى ان القاتل مع الولي في قتل الخطا اذا رضيا
بحكم بحكم بينهما فقضى بالدية على العاقلة لا ينفذ حكمه عليهم فان رفع الى القاضي فامضى
ثم رفع الى اخرى يرى رد القضية الاولى انفذ القضية الاولى لان امضا الثاني ينفذ
في حق الكل وكذا اذا ابطل الاول حكمه ليس لاحد بعده ان ينفذه ولو كان الحاكم نصرانيا
او عبدا او صبيا واللذان حكماه مسلمين حرين او عبد بن فرفع الى قاضي المسلمين فاجاز
حكمه بينهما ثم رفعوا الى اخر يرى بطلان القضية الاولى ابطلها لان حكم الحكم ينفذ في
حقهما كحكم القاضي في حق الكل ان لو كان اهلا وليس باهل بالاجماع فكان حكمه باطلا
بالاجماع فلا ينفذ بالاجازة ولو ان قاضيا امر رجلا ان يقضي بين اثنين فقضى لم يجز
الا ان يكون الخليفة قد ولاه ان يولي القضاء من احب لانه امر بالقضا لا بتفويض القضا
وهذا لانه بمنزلة الرسول عن جماعة المسلمين الا ترى انه لا عهدة عليه وان الخليفة اذا
مات لم ينعزل قضاته ولا سائر خلفائه والوكيل لا يملك التوكيل الا باطلاق الموكل
فالرسول اولى فان ولاه صريحا او نطق بالعموم بان قال ما صنعت من شي فهو جائز
يملك الاستنابة كما لو قال الموكل ذلك لوكيله وهذا لان القضا يحتاج الى الراي ومن قلد
رضي برايه لا براي غيره وبعدما قلد غيره لا يملك عزله لان الثاني يصير قاضيا من
جهة الخليفة لا من جهته لانه بمنزلة الرسول الا ان يقول له الخليفة ول من شئت واستبدل
من شئت وهو كالوكيل لا يوكل فان قال له الموكل اعمل برايك صح توكيله ويصير الثاني وكيل
الموكل ينعزل الاول والثاني بموت الموكل لا ينعزل الثاني بموت الاول وكذا لو عزل الموكل الاول لا
ينعزل الثاني وفي ذلك للموكل عزل الاول والثاني وللاول ان يعزل الثاني لانه من صنيعه ورايه
فان استخلف بغير اذن الامام فحكم لم يجز فان اجاز القاضي صح كما نظر فان كان ممن
حكم هو
يجوز تقليده القضاء لو كان قاضيا جاز تنفيذ القاضي لانه لما لم يجز امر القاضي اياه

لعدم

لعدم اذن الخليفة كان المامور فيما يقضي بمنزلة الحكم فاذا وجد فيه شرائط القضا
نفذ بالاجازة وان كان ممن لا يجوز قضاؤه عليهما لو كان قاضيا نظر فان ممن يختلف فيه
كان هو
الفقهاء رحمهم الله مثل المحدود في القذف جاز امضاؤه وان كان ممن لا يختلف فيه
الفقهاء هو
فان كان عبدا او صبيا او نصرانيا وهما مسلمان لم يجز لانه اذا لم يؤذن له بالاستخلاف
صار الحال بعد الاستخلاف كالحال قبله ولو قضى وهو من اهل القضا توقف
نفاذه على الاجازة وان لم يكن اهلا لم يتوقف فكذلك هنا وقيل هذا اذا كان المامور
ممن يصلح قاضيا ولم يامر الخليفة بالاستخلاف اذا فعله خليفته لا بحضرته
فان فعله بحضرته جاز استحسانا لان تمامه برايه كالوكيل اذا وكل غيره حتى باع بحضرته
والله اعلم

باب ما ينبغي للقاضي ان

ان يضعه على يد عدل وما لا ينبغي وما يجبر على نفقته وما لا يجبر اصل الباب ان
نفقة المراة تجب باعتبار احتباسها لحق الزوج وطيا او استمتاعا اخر اما استحقاق
كذا
النفقة فلقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وفي قراءة ابن مسعود رضي
الله عنه اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم وقراءته لا تخلف عن روايته
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فدل ذلك على وجوب النفقة وقال الله تعالى وعلى المولود له رزقهن
وكسوتهن بالمعروف وقال الله تعالى وبما انفقوا من اموالهم وقال عليه السلام اوصيكم
بالنساء خيرا الى ان قال فان لهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف وقال عليه السلام
لهند امراة ابي سفيان رضي الله عنه خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف
والمعنى فيه انها محبوسة لحقه ومنفعته تعود اليه مفرغة نفسها له فتكون كفايتها
له هم
في ماله كالقاضي لما فرغ نفسه لاعمال المسلمين كانت نفقته في مال المسلمين وعامل
الصدقات لما فرغ نفسه لعمل المساكين استوجب كفايته في مالهم وكالوصي والمضارب
اذا سافر بمال المضاربة ولا يحتاج الى الانفاق على نفسها ولا يقدر على الكسب والانفاق
اما لعجزها او لكونها محبوسة لحقه فيجب عليه واما وجوبها باعتبار الاحتباس لانها
لا تجب بمجرد العقد فان الصغيرة لا نفقة لها وكذا الامة اذا لم يبوئها المولى مع
ذات
الزوج بيتا وان وجد العقد ولا تجب باعتبار الوطي فان الحائض والمريضة والرتقاء
والقرناء والمجنونة والكبيرة التي لا يمكن وطيها تستحق النفقة فكان المعتبر في ايجاب
النفقة احتباسا ينتفع به الزوج انتفاعا مقصودا بالنكاح وهو الجماع او الدواعي وانه
حاصل في هذه الصورة ولا فرق في ظاهر الرواية بينما اذا مرضت في بيت الزوج او

او اصابها فی بیته ما یمنعه من الوطی او رجت الیه کذلک اذا لم یکن مانعه نفسها
منه بغیر حق وروی عن ابی یوسف رحمه الله فی الرتقا والمریضه التی لا یمکن وطیها
انه لا نفقه لها قبل ان ینقلها الزوج الی بیته وان نقلها الی بیته مع علمه بذلک فلیس له
ان یردها ولها النفقه وان نقلت الی بیته من غیر رضاه فله ان یردها الی اهلها لان
التسلیم الذی اقتضاه العقد من غیر مانع من الوطی لم یوجد فکان فی التسلیم نوع
قصور وخلل فلا تستحق النفقه خلاف ما اذا رضی الزوج لانه رضی بالتسلیم القاصر بخلاف
الصغیره التی لا تجامع لانه هناک المنفعه فاسته اصلا فکان له ان یردها فلا تجب النفقه
حتی لو کانت الصغیره بحاله تصلح لمنفعه الخدمه والاستیناس فنقلها الزوج الی بیت
نفسه لیس له ان یردها ویستحق النفقه فکانه اعتبر منفعه الاستیناس علی هذه الروایه
وعن محمد رحمه الله فی الرتقا کقول ابی یوسف ثم فرق ابو یوسف رحمه الله بینما اذا مرضت
فی بیته وبینما اذا حولت الی بیته مریضه فقال اذا حولت الی بیته مریضه له ان یردها
ولا نفقه لها واذا مرضت فی بیته فلیس له ان یردها ولها النفقه الا ان یتطاول
تمادی لان النکاح یعقد للصحبه والالفه ولیس من الالفه ان یمتنع من الانفاق ویردها
بقلیل مرض فاذا تطاول فهو بمنزله الرتق الذی لا یزول فصار کما لو کانت صغیره لا
یجامع مثلها ثم اذا فات الاحتباس المستحق للزوج ان کان من جهته لا یسقط النفقه
لان النفقه واجبه لها لوجود سبب الاستحقاق والا ان الزوج یرید اسقاط ذلک عن نفسه
فلا یقدر علی ذلک ویجعل الاحتباس باقیا تقدیرا وان فات لا بمعنی من جهه الزوج
یسقط النفقه علی روایه الاصل والجامع وروایه الخصاف وعلی روایه ابی یوسف وهو
اختیار القاضی الامام علی السغدی لها النفقه والحاصل ان علی هذه الروایه المسقط فوات
الاحتباس من جهتها وعلی روایه الاصل الفوات لا من جهه الزوج وهو الاصح لانه اذا لم یکن
من جهته لا یمکن ان یجعل ذلک الاحتباس باقیا تقدیرا وبدونه لا تجب النفقه وهو نظیر
غصب المستاجر فانه یسقط الاجر لفوات التمکن من الانتفاع لا من جهه المستاجر
وانما تجب النفقه جزاء والجزاء لوجود الاحتباس جزاء والجزاء کالاجر فی الاجاره والشک
متی وقع فی وجوبها لا تجب لانه لا احتیاط فی ایجابها کسایر الحقوق المالیه وحرف الان
الاحتیاط فی باب الفروج لصیانتها عن التصرف بغیر حق واجب لان الاصل فی الابضاع الحرمه
والشرع عظم حرمته حتی اوجب القتل علی متناولها بغیر حق اذا کان محصنا والجلد ان
لم یکن محصنا واوجب المال علی متناولها بحقیقه الحل بشبهته مع رضی صاحب الحق

الصغیره صح

الفروج صح

الحق

الحق لعدم وجوب المال وبعد هذا اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجلان شهدا علی رجل انه
طلق امراته ثلثا وقد دخل بها وهی تدعی شهادتهم او کذبهم او تقول لا ادری والزوج یجحد
تقبل شهادتهم من غیر دعوی وینبغی للقاضی ان یمنع الزوج من الدخول علیها ولا یخرجها
من منزله ویجعل معها امراه امینه تمنع الزوج من الدخول والخلوه بها الی ان یزکی الشهود
اما الحیلوله فلانه یدعی اباحه الوطی بانکار الطلاق وقد قامت البینه علی حرمه
الوطی وامر الفرج امر مستعظم شرعا فیحتاط فیه بمنعه من الدخول علیها لانهم ان
کانوا کذبه فهی امراته فلا یمنع وان کانوا صدقه فهی اجنبیه والمنع منه واجب فیمنع
وان کان عدلا لان العدل انما یمتنع عن الحرام اذا کان یعتقد حرمته وهو منکر لها ولان الحجه
قامت موجبه دون وجه لان الشهود عدول فی الظاهر لکن العداله لم یظهر حقیقه
فکان القاضی ینتظر التزکیه نظرا للزوج ولا یقضی بالطلاق ینبغی ان یحول بینهما نظرا
لحق الله تعالی واما عدم الاخراج من المنزل فلانا نتیقن بحرمه اخراجها لانها معتده او
منکوحه ونفقه الزوج علیها لانها منکوحه او معتده وکیف ما کان فالنفقه واجبه
علیه فرق بین هذا وبین الزوج اذا طلق امراته ثلثا حیث یجعل بینهما سترة لیصیر حایلا
ولا یجعل معهما امراه امینه لانه معتقد للحرمه فلا حاجه الی من یمنعه اما هنا یعتقد
الحل ونفقه الامینه فی بیت المال کالقاضی وغیره وکذلک لو شهدوا حیث عدلا قلنا ثم
یسال القاضی عن الشهود فان زکیت فرق بینهما والا ردت علی الزوج فان طالت المسئله
عن الشهود وطلبت القاضی ان یفرض لها النفقه او کانت لها نفقه مفروضه کل شهر
فرضها القاضی النفقه وامر باعطا المفروض لانها ان کانت مطلقه کانت معتده فیستحق
النفقه وان کانت غیر مطلقه کانت منکوحه ممنوعه عن الزوج لا من جهتها فینبغی ان لا یستحق
النفقه الا ان النفقه کانت واجبه بیقین وقع الشک فی سقوطها فلا یسقط فان مضت
مده العده ولم یزک الشهود لم یقض لها بعد ذلک بالنفقه لانا تیقنا انها لا تستحق النفقه
معتده کانت او منکوحه اما اذا کانت معتده فلانها انقضت عدتها واما اذا کانت
منکوحه فلفوات الاحتباس لا من جهه الزوج فان قیل اذا لم یدع المراة الطلاق فهی لا
یمنع نفسها منه فلماذا لا تجب النفقه قلنا فی سقوط النفقه لا یفترق الحال بین
منعها نفسها وبین منع غیرها الا تری ان رجلا لو حیل بینه وبین امراته حتی لا یکون قادرا
علیها فلا نفقه لها لما ذکرنا فان عدلت البینه بعد ما اخذت النفقه سلم لها ما اخذت وان
لم یزک رجع الزوج علیها بما اخذت من النفقه لان فی الوجه الاول ظهر انها استوفت نفقه العده

انما

وهي حقها وفي الوجه الثاني ظهر انها كانت منكوحة والزوج ممنوع عن الاستمتاع بها والحبس في
النكاح انما كان حقا للزوج ليتمكن من الاستمتاع بها فاذا كان ممنوعا من ذلك لا يستحق
النفقة وظهر ان القاضي اخطأ في القضاء فيرد ما قبضت ان كان قائما ومثله ان كان
هالكا وكذا ما اكلت في بيت الزوج بغير امره لانه تبين انها اكلت بغير حق وما اكلت باباحته
لا بطريق فرض النفقة لا ترد ولا شيء عليها كالهبة والصدقة استشهد محمد رحمه الله فقال الا ترى
ان القاضي لو فرق بينهما بشهادة الشهود وقد كانت لها نفقة مفروضة مقدرة كل شهر
ثم علم ان الشهود عبيد وردت على الزوج لا شيء لها من النفقة لما مضى لان الزوج كان
ممنوعا من جهة ثالث كذلك هنا ولو ان امرأة لها نفقة مفروضة على زوجها فهرب بها
رجل وهي كارهة ثم ردها فلا نفقة لها لما مضى لفوات الاحتباس لا من جهته وروى عن
ابي يوسف انها تستحق فرق بينما اذا صار الزوج ممنوعا من المرأة من جهة القاضي وبينما
اذا صار ممنوعا من جهة الغاصب والفرق ان المنفعة في منع القاضي عائدة اليها وهو صيانة
فرجها من الحرام عسى حتى لا يسقط احصانها بالوطي الحرام فصار كان الزوج منع من جهتها
فاما منفعة منع الغاصب لا تعود اليها حتى يجعل كمنعها فلم تسقط نفقتها وجه ظاهر
الرواية ما ذكرنا ان الزوج صار ممنوعا لا من جهته فلا يصير المنع كلا منع فلا يتحقق سبب
وجوب النفقة وكذلك اذا حبست بالدين فلا نفقة لها لعدم المنع من جهته وقال ابو يوسف
رحمه الله في الامالي ان لم يمنع الزوج عن الدخول عليها في السجن فعليه نفقتها لانه قوام
عليها مع على قوله في النفقات فقال هذا اذا حبست قبل النقلة الى بيته فاما اذا
حبست بعد النقلة وبعدما فرض القاضي لها النفقة لا يبطل نفقتها لان التسليم قد
وجد والمنع حصل بعارض امر غير مضاف اليها فلا يؤثر في اسقاط حقها كالحيض وهذا
كله اذا كانت محبوسة في دين لا تقدر على الاداء فان قدرت على الاداء فلم تفعل فلا نفقة
لها لان المنع مضاف اليها اما على ظاهر الرواية لا نفقة لها في جميع الوجوه لما قلنا ولو حبس
الزوج وهو يقدر على الاداء او لا او حبس ظلما او هرب او اشكل فلها النفقة لان الاحتباس
فات لمعنى فيه ومن جهته ولو خرجت حاجا بمحرم فلا نفقة لها لانه منع من الاستمتاع لا
من جهته وليس يقيم عليها وقال ابو يوسف رحمه الله ان حجت قبل ان يسلم نفسها فلا نفقة
لها وان كان بعده فلها النفقة هكذا ذكر القدوري رحمه الله وذكر الخصاف رحمه الله مطلقا
انه لا نفقة لها كما اطلق في الجامع فيحتمل ان يكون ما ذكر قول محمد رحمه الله لا ابي يوسف رحمه الله
انه لما دخل بها فقد وجد التسليم والمانع اداء الفرض وهي مضطرة فيه كذلك فيما لو لم

يمن

مدة ح

يمن لعدم التسليم وجه قول محمد رحمه الله ما قلنا بخلاف ما لو قالت صلت او صامت
عن رمضان فرع على قول ابي يوسف رحمه الله فقال يفرض لها نفقة الحضر دون السفر يعني
يعتبر ما كان قيمة الطعام في الحضر لا ما كان قيمته في السفر لان هذه الزيادة انما يلزمها لمنفعة
يحصل لها فلا يكون عليه كالدواء ولهذا لا يجب عليه الكراء لانه ليس من نفقة الحضر ولو اقامت
هناك مدة لا تحتاج اليها بطلت نفقتها لانها غير مضطرة في ذلك كما رجعت كالناس والمأمور
بالحج ولو طلبت منه نفقة ذهابها في المجلس لم يكن لها ذلك وتعطيها نفقة شهر لان الواجب لها
نفقة الاقامة دون السفر ونفقة الاقامة يفرض لها شهرا فشهرا فان عادت اخذت ما
بقي هكذا ذكر القدوري وتاويله اذا كانت لها نفقة مفروضة لان نفقة الزوجة لا يصير
دينا الا بالقضاء او الرضى عندنا وان حج الزوج معها فلها النفقة عليه بالاتفاق لانه لم
يصر ممنوعا عن الاستمتاع بها لكن يجب نفقة الحضر ولا يجب عليه الكرا ولا مؤنة السفر لما
قلنا وروى عن ابي يوسف رحمه الله ان المرأة اذا ارادت حجة الاسلام يجبر الزوج ان يخرج
معها وينفق عليها وان صبية يحتمل فليس عليه نفقة حتى تطيق الجماع وان كانت في بيت
زوجها لان الزوج ممنوع عنها لا من جهته واختلف المشايخ رحمهم الله في بلوغ الصغيرة مبلغ
الجماع قال بعضهم تسع سنين لان النبي صلى الله عليه وسلم بنى بعائشة رضي الله عنها وهي
بنت تسع سنين وقال بعضهم اذا بلغت سبع سنين فقد بلغت مبلغ الجماع وان بلغت خمس
سنين لا وان كانت ست سنين او سبع سنين او ثمان ينظر ان كانت عبلة ضخمة فقد
بلغت مبلغ الجماع والا فلا وقال بعضهم لا اعتبار بالسن بل بالجثة وان كانت تصلح
للقبلة والمعانقة اختلف المشايخ رحمهم الله في وجوب النفقة وهنا نص على انها
لا تجب ما لم تبلغ الجماع قال الفقيه ابو الليث رحمه الله في كتاب الفتاوى الظاهر انها لا تبلغ
مبلغ الجماع حتى تبلغ تسعا قال وبه نأخذ فرق بين نفقة المنكوحة والمملوكة الصغيرة
والفرق ان نفقة المنكوحة انما تجب بسبب الاحتباس المستحق بالنكاح فانما تجب اذا
حصل منفعة من منافع النكاح لان الاحتباس ما كان مطلوبا لعينه بل لغيره
وهو منافع النكاح فكانت العبرة لحصول منافع النكاح على الخصوص وذلك الوطي والدواعي
والصغيرة التي لا تصلح للجماع لا تصلح للدواعي فصار الفوات لمعنى فيها فكان كالنشوز
اما نفقة المملوك تجب لاجل الملك فقط وذلك لا يختلف بالصغير والكبير ولو كان الزوج
صغيرا لا يطيق الجماع والمرأة كبيرة فلها النفقة ان لم يكن مانعة نفسها لان الاحتباس
انما فات لمعنى من جهته فلا يسقط حقها ولو كانا صغيرين لا يطيقان الجماع فلا نفقة لها

حتى يصير المرأة الى الحالة التى يطيق لان المنع جاء من جهتها فاكثرها فى الباب ان يجعل
المنع من قبله كلا منع فالمنع من قبلها قايم ومع قيام المنع من قبلها لا يستحق النفقة وهذا
لان الامتناع انما يصير فى ذلك المانع اذا وجد المقتضى وهنا لم يوجد المقتضى وهو
تسليم نفسها فى وجود الحبس المستحق فكان نقصا فاليها لا اليه ولو زوج امته من رجل
لم يكن عليه النفقة حتى يبوئها بيتا ويدفعها الى الزوج وتفسير التبوية ان يخلى المولى
بينها وبينه وزوجها فى منزل الزوج ولا يستخدمها لان المعتبر فى استحقاق النفقة تفريغها
نفسها للقيام بمصالحه ولا يجب التبوية على المولى لان حقه فى استخدامها باق وفى التكليف
بالتبوية ابطال حقه ولو بواها ثم بدا له ان يستخدمها فله ذلك لبقاء حقه فى الخدمة
فاذا استخدمها لم يخل بينها وبين الزوج فلا نفقة لها لفوات ما كان يجب به النفقة
كما فى الناشزة فان قيل لما كان للمولى حق استخدامها وجب ان لا يبطل نفقتها كالحرة اذا
حبست نفسها للصداق بعد التسليم قلنا فى الحرة التفويت من جهة الزوج حيث
امتنع من ايفاء ما لزمه وهنا من جهة المولى حيث شغلها بخدمته ولو اعتبرنا الصورتين
بالابتدا فان الحرة اذا امتنعت من النقل الى بيته لاستيفاء الصداق كان لها النفقة
والمولى اذا لم تبوئها بيتا من الزوج لا نفقة لها فكذا فى الانتهاء والمرأة اذا منعت نفسها
من الزوج او ابت ان يتحول الى منزلها او الى حيث يريد من البلدان وقد اوفاها مهرها
فلا نفقة لها لانها ناشزة قال الحلوانى رحمه الله الناشزة هى الخارجة عن منزل زوجها المانعة
نفسها منه لانها اذا كانت مقيمة معه فالظاهر انه يقدر على تحصيل المقصود منها
فلا يوجب ذلك بطلان نفقتها وانما لا يستحق الناشزة النفقة لان الله تعالى امر بمنع حظها
فى الصحبة بقوله عز وجل واهجروهن فى المضاجع فذلك دليل على انه يمنع كفايتها فى
النفقة بطريق الاولى لان الحظ فى الصحبة لهما وفى النفقة لها خاصة ولانها انما يستوجب
النفقة بتسليم نفسها الى الزوج وتفريغها نفسها لمصالحه فبالمنع يصير ظالمة
بفوته ما كان يجب النفقة باعتباره وقيل لشريح رحمه الله هل للناشزة نفقة فقال نعم فقيل
كم فقال جراب من التراب معناه لا نفقة لها وان امتنعت من ذلك لتقبض مهرها فلها النفقة
لانها محقة فى الحبس بل الزوج هو الظالم والمفوت ولان النفقة حقها والمهر حقها
فمطالبتها احد الحقين لا يسقط حقها فى الاخر وكذا لو لم يدخل بها فى ظاهر الرواية الا فى
رواية عن ابى يوسف انها قبل الدخول اذا حبست نفسها لاستيفاء مهرها فلا نفقة لها
فكانه جعل هذه الرواية اعتبر لوجوب النفقة انتقالها الى بيته فاذا لم يوجد لا تستوجب

ابتدا

ابتدا اما بعدما انتقلت الى بيته وجبت النفقة فلا يسقط الا بمنعها نفسها
بغير حق وفى ظاهر الرواية بعد صحة العقد النفقة واجبة لها وان لم تنتقل الى بيته
الا ترى ان الزوج لو لم يطالبها بالانتقال الى بيته كان لها ان يطالبه بالنفقة فكذلك اذا
حبست نفسها لاستيفاء المهر هذا اذا لم يدخل بها فان دخل بها فكذلك عند ابى حنيفة رحمه
الله وعندهما لا نفقة لها بناء على ان بعد ما دخل بها ليس لها ان تمنع نفسها لاستيفاء
المهر عندهما فكانت مبطلة فى المنع وعنده لها حق المنع لانها سلمت نفسها برضا
فبطل حقها فى الحبس كالبيع ولابى حنيفة رحمه الله ان الوطى يصرف فى البضع المحترم
فلا يخلو اخلاؤه عن العوض فاذا منعت نفسها فقد منعت ما يقابله المهر فصح و
هذا لان المهر عوض عن كل الوطيات من العمر الا انه لجهالته يقام الوطى مقام
تمام الوطيات فى جميع العمر فى حق التاكد فكل وطئ بعدها بلا شئ من المهر كما فى الزكاة
والقراءة فى الصلاة وقال ابو القسم الصفار رحمه الله هذا زمانهم اما فى زماننا لا يملك
ان يسافر بها وان اوفاها مهرها لان فى زمانهم الغالب من حال الناس الصلاح فاما
فى زماننا فسد الناس فالمرأة اذا كانت بين عشيرتها فالزوج لا يقدر على ان يظلمها
ومتى نقلها الى بلد آخر ظلمها قيل له هل له ان يخرجها من البلد الى القرية او على
العكس قال ذلك ليس بسفر واخراجها الى بلد آخر سفر وكل فرقة جاءت من قبل الزوج
بمعصية او غيرها كما اذا طلقها او اختار الفسخ فى خيار البلوغ بعد الدخول بها او
قبلها او جاءت من قبلها بغير معصية بان اختارت نفسها فى خيار البلوغ او العتق
او بحرمة فالنفقة والسكنى واجبتان ما دامت فى العدة لانها محبوسة بحقه فان
منفعة الحبس يعود اليه وهو الاصح وهو صيانة مائه فاستحقت النفقة وكل فرقة
جاءت من قبلها بمعصية بان ارتدت ولم تحبس وكانت فى بيته او قبلت ابن زوجها
بشهوة فلا نفقة لها وهذا استحسان والقياس ان يكون لها النفقة وان كانت الفرقة
من غيرها كما اذا قبلها ابن الزوج بغير اختيارها كرها فلها النفقة وجه القياس انها
محبوسة بحق الزوج ما دامت فى العدة لان منفعة الاحتباس يعود اليه فيستحق
كما لو حصلت الفرقة منها بسبب ليس بمعصية وجه الاستحسان ان الاحتباس
لمنفعة صيانة الماء وان بقى لكن هذا الباقى حقيقة جعل كالعدم بمعنى ضرورة انها فوتت
الاحتباس لمنفعة الوطى ودواعيه التى هى مطلوبة بالنكاح فاذا فوتت بسبب
هو معصية جوزيت بسقوط النفقة التى هى جزاء الاحتباس فاذا جوزيت بسقوط

النفقة سقط اعتبار الحبس القائم لمنفعة صيانة الماء ضرورة فلم يبق الحبس اصلا
مقدرا فلا يستحق النفقة بخلاف ما اذا وقعت الفرقة منها بغير معصية لان الشرع
لما اطلق لها تفويت ذلك الاحتباس لا يجوز ان يجازى بالحرمان فيعتبر النفقة
بمقابلة ما بقي وهذا لان النفقة صلة وعصيان من يستحق عليه الصلة لا يؤثر في بطلان
الصلة اما عصيان من يستحق الصلة يؤثر في ابطاله ونظيره الوارث اذا قتل المورث
ان كان بحق لا يحرم عن الميراث وان كان بغير حق يحرم ثم فرق بين المهر والنفقة اذا حصلت
الفرقة بسبب هو غير معصية حيث يسقط المهر ولا يسقط النفقة والفرق ان المهر
انما يجب بازاء ملك البضع وقد فوتت الملك كله قبل التسليم فلم يبق شيء من
المعقود عليه فلا يبقى شيء من العوض فاما النفقة انما تجب بازاء الاحتباس وما
بقيت العدة بقي شيء من الاحتباس لمنفعة صيانة مائه فلم تفت كل المعوض
فيمكن ايفاء العوض الا ان الفرقة اذا كانت بسبب هو معصية منها صار الحبس القائم
كالعدم معنى لما ذكرنا قال محمد رحمه الله في الاصل واذا وقعت الفرقة على وجه يجب
النفقة ما دامت في العدة كانت بمنزلة الزوجة فما اسقط النفقة في النكاح اسقطها
في العدة اراد به اذا فات الحبس بان حبست بالدين في العدة او حجت او هربت او
غصبها رجل وخرجت للحج او ارتدت لانه لما فات حقيقة الاحتباس فقد فات منفعة
صيانة مائه فلا يستحق النفقة فاما اذا لم يفت الحبس في العدة بان قبلت ابن
زوجها في العدة لا يسقط النفقة لان الحبس لا يفوت فيبقى منفعة صيانة مائه فاستحقت
النفقة بخلاف ما اذا قبلت حال قيام النكاح حيث يسقط النفقة لانها فوتت
الاحتباس الثابت لمنفعة الزوج وهو الوطء ودواعيه محورت بالحرمان وهذا لان
التقبيل موجب للحرمة والمحرمية فكان منافيا للنكاح فيضاف الفرقة اليها اما بعد
الطلاق الباقي هو النفقة والمحرمية لا ينافيها فيبقى الا ترى انها لو قبلت ابن زوجها
في مرضه في النكاح يحرم عن الميراث ولو قبلته في العدة لا يحرم وهذا اذا حبست المرتدة
في العدة اما اذا لم تحبس وهي في بيته لا يسقط النفقة بخلاف ما ارتدت حال قيام النكاح
لما ذكرنا فلو ارتدت وحبست حتى سقطت النفقة ثم رجعت الى الاسلام فلها
النفقة والسكنى لان استحقاق النفقة كان ثابتا لكن السقوط كان بعارض وهو الحبس
بالردة حتى تتوب وقد زال كما لو نشزت ثم عادت الى منزله بخلاف ما لو ارتدت
وهي منكوحة حتى وقعت الفرقة وسقطت النفقة ثم اسلمت فانه لا يعود النفقة

والرق ما ذكرنا ان الفرقة في النكاح وقعت بسبب مضاف اليها وهي معصية فسقطت
النفقة اصلا اما هنا تقرر سبب الوجوب لكن امتنع في بعض المدة بعارض وقد زال
وان لحقت بدار الحرب ثم اسلمت او سبيت فاعتقت فلا نفقة لها لان باللحوق
سقطت العدة حكما لانقطاع العصمة بتباين الدارين فصار كما لو سقطت بمضي المدة
وهذا كله في الطلاق البائن والثلاث اما اذا كان رجعيا فالمعتدة في الطلاق الرجعي
اذا وطئها ابن الزوج وهي مطاوعة او قبلها او ارتدت وحبست او لم تحبس فلا نفقة
لها لان الفرقة ما وقعت بالطلاق فيكون الفرقة بسببها وهو معصية فيسقط
النفقة واذا خرجت المعتدة من منزله يسقط نفقتها فان عادت الى منزله فلها
النفقة كما في حال قيام النكاح لان العدة خلف عن الزوجية وهذا الاحتباس عين
الاحتباس الثابت بالنكاح الا انه تاكد بحق الشرع ولو كانت ناشزة وقت الطلاق
وعادت الى بيته بعد الطلاق يستحق النفقة لما ذكرنا ان نفقة العدة انما هي نفقة
النكاح فيكون هذه الحالة معتبرة بحال قيام النكاح واذا طلق امراته طلاقا
بائنا وهي امة وقد كان بواها المولى بيتا فعلى الزوج نفقة العدة فان اخرجها المولى
لخدمته وهي في العدة لا نفقة لها كالحرة اذا خرجت من بيت العدة فان اعادها الى منزله
فلها النفقة لما قلنا اما اذا كانت قبل الطلاق في بيت المولى ثم طلقها الزوج ثم عادت
الى بيته بعد الطلاق فلا نفقة لها عند علمائنا الثلثة وعند زفر لها النفقة كما استحقها
اياها بعد الطلاق وهذا لان سقوط النفقة بعارض فاذا زال العارض صار كان لم
يكن وصار كالحرة اذا كانت ناشزة وقت الطلاق ثم عادت الى منزله الا انا نقول
باعتبار العدة تبقى ما كان ثابتا ولا تثبت ما لم يكن ثابتا لان الثبوت ابتداء يستدعي
قيام الملك مطلقا وثبوت نفقة العدة عند الفرقة فاذا كانت في بيته عند ذلك
كانت مستحقة للنفقة فتبقى ببقاء العدة وان عرض مسقط ثم زال صار كان لم
يكن واذا لم يكن مستحقة عند الفرقة فلو وجبت في العدة كان هذا اثباتا للنفقة
ابتداء وهذا المعنى وهو ان المقصود من التبوئة فراغها للقيام بمصالح الزوج وذلك
انما يكون في حال قيام النكاح فاذا بواها في تلك الحالة استحقت النفقة فاما
التبوئة بعد الطلاق لا يحصل هذا المقصود فلا يجب فلا تبقى بخلاف الناشزة لان
النكاح في حق الامة حالة الطلاق لم يكن سببا لوجوب النفقة لانه لم يكن سببا لوجوب
الاحتباس ولهذا لو اراد الزوج ان يعيدها الى منزله من غير رضى المولى لم يكن له ذلك بالطلاق

زال النكاح من وجه وبقي من وجه فاذا عادت الى بيته وتحقق الاحتباس صار النكاح
ثابتا من حيث هو باق فمن حيث انه زايل لم يصر سببا فلا يصير سببا بالشك اما في
حق الحج النكاح حالة الطلاق وكان سببا لوجوب النفقة لانه كان سببا لوجوب الاحتباس
ولهذا لو اراد الزوج ان يعيدها الى بيته كان له ذلك سافت او ابت الا انها بالنشوز
فوتت الاستيفاء على الزوج محورسا بالمنع من الاستيفاء ايضا فاذا عادت الى بيته
فقد تمكن الزوج من استيفاء ما عليها فيتمكن المراة من استيفاء ما عليه ايضا ولان الحجة
مستحقة في اصل النكاح والعارض المسقط في حقها عند النفقة وبعدها سوا اذا زال
ذلك بخلاف الامة وبخلاف ما لو اخرجها المولى من منزل الزوج بعد الطلاق ثم اعادها لان
النكاح حالة الطلاق وكان سببا لوجوب الطلاق والسقوط بعارض وقد زال كما في الحج وان
كان طلقها طلاقا رجعيا فللمولى ان يبوئها المولى كان للسيدان يا خذ الزوج حتى يبوئها
بيتا بمعنى للمولى ان يحل بينها وبينه في منزله لان الطلاق الرجعي لا يقطع النكاح وان كان
بائنا ليس له ذلك لانه يحرم الوطي وكذا لو طلقها طلاقا رجعيا ثم اعتقها المولى كان لها ان
يطالب الزوج بان يبوئها بيتا ويسقط عليها لانها ملكت امر نفسها وان كان بائنا ليس
لها ذلك لما قلنا ولو شهد شاهدان على رجل انه طلق امراته قبل الدخول بها والزوج يجحد
ومنع القاضي الزوج من الدخول عليها فطلبت النفقة حتى يسال عن الشهود فلا نفقة
لها لان الشهود ان كانوا صدقوا فهي ليست بمنكوحة ولا معتدة وان كانوا كذبة فهي منكوحة
الا ان الزوج صار ممنوعا عنها لا من جهته وذلك مسقط للنفقة واذا سقطت لعدم
الاستحقاق لا تعود امراة دخل بها زوجها فمرضت مرضا يمنع الجماع فلها النفقة
وكذا الرتقا لوجهين احدهما انه بقي الاحتباس لمنفعة الدواعي وهو قيم عليها والثاني
ان النكاح عقد عمر والعمر لا يخلو عنه عادة كالحيض فلا يمكن التحرز عنه فصار
العارض المرض حقيقة كالقايم معنى فما ستحقت النفقة بخلاف ما لو استاجر
عبدا فمرض بعد ما سلمه الاجر الى المستاجر فانه يحط الاجر عقد المرض لما ذكرنا ان مبنى النكاح
على الالفة والمودة بخلاف الاجارة ولان الاجارة عقد موقت ويقدر ان يعقدها على وقت
لا مرض فيه اما النكاح عقد عمر فلا يقدر ان يقع على ذلك نظيره المراة اذا كان عليها صوم شهرين
متتابعين فحاضت في خلال الصوم لا يلزمها الاستقبال ولو مرضت يلزمها الاستقبال
لانها لا تقدر على صوم شهرين لا حيض فيهما وتقدر على صوم شهرين لا مرض فيهما ولو ادعى رجل على امراة
نكاحا وهي تجحد واقام البينة لا نفقة لها على الزوج لانه يبين انها منكوحة ممنوعة عن

الزوج

الزوج لا بفعله وان ادعت امراة على رجل انه تزوجها وهو يجحد واقامت البينة لا نفقة لها
في مدة المسالة لان النفقة لم يكن واجبا لها بيقين فلا يجب بالشك بخلاف الطلاق وعلى ما ذكرنا
ثم فرع على مسالة النكاح فقال ان راى القاضي ان يقضي لها بالنفقة لما راى فيه من المصلحة
ينبغي ان يقول لها ان كنت امراته فقد فرضت لك النفقة كل شهر كذا ويشهد على ذلك كيلا يصير استدانة
على الزوج فان عدلت البينة اخذته بتلك النفقة لانه تبين انها كانت منكوحة ممنوعة
بفعل الزوج وهو جحوده وان لم يعدل لم يكن لها عليه شي ولو ان اختين ادعت كل واحدة
منهما على رجل انه تزوجها ودخل بها وهو يجحد واقامت كل واحدة منهما البينة على قولها فطلبتا
النفقة في مدة المسالة جعل القاضي لهما نفقة امراة واحدة وعلى قياس المسالة
الاولى ينبغي ان لا يقضي لوقوع الشك في الوجوب لكل واحدة منهما والفرق ان هنا احدى
البينتين يعدل غالبا فكان نكاح احديهما ثابتا غالبا فلا يقع الشك في الوجوب بخلاف
المسالة الاولى واذا قضى بنفقة واحدة وليست احداهما باولى من الاخرى يكون بينهما فان
عدلت البينتان يقضي لكل واحدة منهما بالمهر الذي ادعت استحسانا والقياس ان يحكم
لكل واحدة بنصف المهر الذي قامت عليه البينة وبالاقل من نصف المهر الذي قامت عليه
البينة ومن نصف مهر مثلها وان اقامت احداهما بينة على قولها بالدخول دون الاخرى قضي
للمدخول بها بالمهر الذي قامت عليه البينة ولو لم يدع كل واحدة الدخول والشهود لم يتعرضوا
لاقرار الزوج بذلك يفرق بينه وبينهما ويكون لهما نصف المالين بينهما وعلى قول الفقيه ابو جعفر
رحمه الله ينبغي ان لا يقضى لهما بشي حتى يصطلحا على احد نصف كل واحد من المهرين بينهما والله اعلم

باب ارتداد المراة سمي محمد رحمه الله

الباب على الاصل الذي مر له في الباب المتقدم وهو ان البينونة متى جاءت من قبل الزوج
بمعصية او غيرها او من قبل المراة بغير معصية كان لها النفقة والسكنى ما دامت في
العدة وكل فرقة جاءت من قبلها بمعصية لم يكن لها النفقة وكان لها السكنى لان النفقة
حقها والسكنى حق الشرع والمرء انما يجازى بجنايته على ابطال حقه ولهذا لو اختلعت
على ان لا نفقة لها يصح ويسقط النفقة عنه ولو اختلعت على ان لا سكنى لها فعليه السكنى
لان خروجها من بيتها معصية واشتراط المعصية في الخلع باطل حتى لو ابرات زوجها من مؤنة
السكنى ورضيت ان تكون في بيت نفسها او يلتزم مؤنة السكنى يصح ويلزمها مؤنة السكنى
ولا يحل الخروج لان التزام مؤنة السكنى حقها الا ترى ان في المهر الزايد على العشرة لما كان
حقها يتمكن من اسقاطها ولا يتمكن من اسقاط العشرة لانها حق الشرع ثم لم يذكر محمد رحمه

الله في الاصل هذا الباب لانه ذكر بعض مسايل هذا الباب في الباب المتقدم والبعض في المبسوط
ولكن صاحب الكتاب رحمه الله اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله امراة ارتدت عن الاسلام ثم اسلمت
او لم تسلم فلا نفقة لها ولها السكنى وكذا لو قبلت ابن الزوج لانها جرت حرا على نفسها
وهو تفويت احتباس هو وسيلة الى الوطي ودواعيه ودوام الحناية ليس بشرط لدوام
العقوبة امة تحت رجل دخل بها وبواها فاعتقت فاختارت نفسها فلها النفقة
لان الشرع اطلق لها التفويت فلا يجوز ان تجازى بالحرمان لو سقطت النفقة انما
يسقط لعدم السبب وقد وجد السبب وهو الاحتباس في العدة لحق الزوج مجوسيان
اسلم الزوج وابت هي فرق بينهما ولا نفقة لها لان البينونة حصلت من جهة الزوج صبية
زوجها عمها ودخل بها فادركت واختارت نفسها فلها النفقة لان الفرقة حصلت من
جهتها بغير معصية وكذلك ان كان الصبي فبلغ واختار الفرقة لان الفرقة من جهة الزوج
وكذلك الرجل يتزوج المراة وهو غير كفو فيدخل بها ثم نفرق بينهما امراة طلقها زوجها
ثلثا او واحدة باينة فلم تطلب النفقة حتى انقضت العدة لم يكن لها بعد ذلك نفقة لان
النفقة لا تصير دينا الا بالقضاء ولم يوجد ولان نفقة العدة لا يكون اكد من نفقة النكاح وتلك
لا يصير دينا الا بالقضاء او الرضا عندنا وعند الشافعي رحمه الله نفقة النكاح يصير
دينا والمسوبة لا نفقة لها عنده فلا يصير دينا له ان وجوبها بالعقد فلا يحتاج
الى القضاء او الرضى في صيرورتها دينا بعد العقد كالمهر ولان وجوبها باعتبار قيام الزوج
عليها بعد العقد كالمهر ولان او عوض عن الاحتباس في حقه لمنفعة يعود اليه ولهذا
لو فات الاحتباس بالنشوز لا يجب وقد تعذر القيام عليها والاعواض تصير دينا بغير
قضاء ولا رضى متى تحقق سببه كالاجر والثمن ولنا ان النفقة صلة والصلات لا يتاكد
بنفس العقد ما لم ينضم اليها ما يوكدها كالهبة والصدقة لا يتم الا بالقبض وبيان الوصف
ان النفقة ليست بعوض عن البضع فان المهر عوض عنه ولا يستوجب عوضان عن شي
واحد بعقد واحد ولان ما هو عوض البضع يجب جملة لان ملك البضع يحصل للزوج جملة
ولا يجوز ان يكون عوضا عن الاستمتاع والقيام عليها لان ذلك تصرف في ملكه فلا يجب عليه
العوض فعرفنا ان طريقه طريق الصلات وتاكدها بالقضاء او التراضي ونقول انها عوض
من وجه صلة من وجه لانها تجب بازاء الاحتباس وفي الاحتباس ان كان حق الزوج من
حيث الاستمتاع وقضاء الشهوة واصلاح امر المعيشة ففيه حق الشرع من حيث تحصيل
الولد وصيانة كل واحد منهما عن الزنى فمن حيث انه حقه امكن جعل النفقة عوضا
عنه

عنه ومن حيث انه حق الشرع واقامة حق الشرع مستحق على كل انسان لا يصلح عوضا
فلا يكون عوضا من كل وجه فمن حيث انها صلة لا يصير دينا الا بالقضاء او الرضى كنفقة
الاقارب ومن حيث انها عوض يصير دينا اذا وجد القضاء او الرضى عملا بالدليلين ولان هذه
نفقة مشروعة للكفاية فلا يصير دينا بدون القضاء كنفقة الوالدين والمولودين لا يصير
دينا بمجرد مضي الزمان كذا هنا واما المبتوتة فلها النفقة والسكنى عندنا وعنده
لها السكنى ولا نفقة لها الا ان يكون حاملا وعند ابن ابي ليلى رحمه الله لا نفقة لها واستدلا
بحديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها قالت طلقني زوجي ثلثا فلم يجعل لي رسول الله صلى
الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى وقال لو كنت حاملا كان لك النفقة الا انا تركنا ظاهر
الحديث في حق السكنى بالاجماع ولا اجماع في النفقة فبقي على ظاهره الا انا نستدل بما روى
عن عمر رضي الله عنه انه قال للمطلقة ثلثا النفقة والسكنى وهذا نص في الباب والمعنى
ما ذكرنا انها محبوسة لحقه وما روي من الحديث طعن فيه كبار الصحابة رضي الله عنهم
وقد روي ان زوجها كان اسامة بن زيد رضي الله عنه وكان اذا سمع منها هذا الحديث رماها
بكل شي في يده وعن عايشة رضي الله عنها قالت تلك امراة فتنت العالم اي بروايتها هذا
الحديث وقال عمر رضي الله عنه لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امراة لا ندري اصدقت
ام كذبت احفظت ام نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلاث
النفقة والسكنى ما دامت في العدة وتاويله ان ثبت من وجهين احدهما ان زوجها كان
غايبا فانه خرج الى اليمن ووكل اخاه بان ينفق عليها خبز الشعير فابت ذلك ولم يكن
الزوج حاضرا ليقضى عليه بشي اخر والثاني انها كانت بذية اللسان على ما روي انها كانت تؤذي
احماء زوجها حتى اخرجها فامرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تعتد في بيت ام مكتوم
رضي الله عنه فظنت انه لم يجعل لها نفقة ولا سكنى ثم لا خلاف في استحقاقها السكنى
وانه منصوص عليه بقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن وقال الله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم
فنقول النفقة والسكنى كل واحد منهما حق مالي مستحق لها بالنكاح والعدة حق من حقوق
النكاح فكما بقي باعتبار هذا الحق ما كان لها من استحقاق السكنى فكذلك النفقة وباعتبار
وباستحقاق السكنى يثبت بقاء ملك اليد عليها ما دامت في العدة ولما ثبت استحقاق
النفقة باعتبار ملك العين ثبت استحقاق ملك اليد الا ترى ان نفقة رقيق المكاتب
عليه في كسبه لما له ملك اليد بخلاف المرهون لان ملك اليد للمرتهن في المالية دون العين
فان له يد الاستيفاء وذلك في المالية دون العين واما اذا كانت حاملا فلها النفقة بالنص

وهو قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن الاية ومن اصل الشافعي رحمه الله ان تعليق
الحكم بالشرط كما يدل على ثبوت الحكم عند وجود الشرط يدل على نفيه عند عدم الشرط
وعندنا لا يدل على العدم وعندهما لا يدل على العدم لان مفهوم النص ليس بحجة ولانه يجوز
ان يكون الحكم ثابتا قبل وجود الشرط بعلة اخرى الا ترى انه لو قال لعبده انت حر
اذا جاء راس الشهر ثم قال انت حر عتق بنفس التعليق الاول صحيحا حتى لو ازاله عن ملكه
اليوم ثم ملكه بعد غد يعتق اذا جاء راس الشهر ولو بقي في ملكه حتى الغد يعتق ايضا
كيف وقد قرا ابن مسعود رضي الله عنه وانفقوا عليهن من وجدكم فدل ان النفقة
مستحقة لها بالعدة وان قوله عز وجل وان كن اولات حمل لازالة الاشكال كان يقع عسى
فان مدة الحمل تطول عادة فكان يشكل انها هل تستوجب النفقة بسبب العدة في مدة الحمل
وان طال فازال الله تعالى هذا الاشكال بهذه الاية ثم النفقة اذا كانت حاملا تجب لها لا للولد
بدليل انه لا تجب في مال الولد ان كان له مال وانه لا تتعدد بتعدد الولد ولو كانت امة
فنفقتها على زوجها ونفقة الولد على مولاه كما بعد الانفصال وان المنكوحة اذا حبلت
لا تنتقص عن نفقتها ولو استحقت بالحمل لانتقصت واذا ثبت ان النفقة تجب لها لا بد
من سبب استحقاق النفقة بينها وبين الزوج ولا سبب سوى العدة والحامل والحائل
في هذا السبب سواء وان طلبت النفقة في العدة فقضي لها ثم قبلت ابن زوجها او لمسته
لم يبطل نفقتها بخلاف ما لو فعلت حال قيام النكاح كما ذكرنا وفرق بينه وبين الردة
في العدة بما ذكرنا ان بالتقبيل لا يفوت الاحتباس وبالارتداد يفوت فان اسلمت
يعود النفقة فرق بينه وبين الارتداد حال قيام النكاح والفرق هو ان سقوط النفقة ثمه
كان بطريق المجازاة ودوام الجناية ليس بشرط لدوام الجزاء اما هنا كان ضرورة فوات
السبب وهو الاحتباس لحقه فاذا عاد السبب يعود الحكم بخلاف ما لو ارتدت ولحقت
بدار الحرب ثم عادت مسلمة لما قلنا ان اللحاق بمنزلة الموت مطلقة ثلثا او واحدة بائنة
خرجت من بيت الزوج في العدة فلا نفقة لها لانه فات السبب وهو الاحتباس لحقه
حربي تحته ذمية مطلقها فلها نفقة العدة لان المعنى يشمل الحربي والمسلم وهذا يدل
على من يقول بوجوب العدة على الذمية وهو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اما على قول
ابي حنيفة لا تجب العدة وهو فرع ما اذا تزوج الذمي ذمية في عدة ذمي جاز النكاح في قول
ابي حنيفة رحمه الله حتى لا يفرق بينهما وان اسلما او ترافعا الينا وعندهما يفرق لان النكاح
في العدة مجمع على بطلانه فيما بين المسلمين فكان باطلا في حقهم ايضا كالزنا الا انا لا نتعرض

لهم

لهم لعقد الذمة فاذا ترافعوا او اسلموا وجب الحكم بحكم الاسلام كما في نكاح المحارم
فاما عند ابي حنيفة رحمه الله من اصحابنا من يقول العدة لا تجب على الذمية لان وجوبها لحق
الشرع او لحق الزوج ولا يمكن ايجابها لحق الشرع لانهم لا يخاطبون بذلك ولا لحق الزوج
لانه لا يعتقد ذلك فاذا لم تجب العدة صح النكاح ومنهم من يقول العدة واجبة ولكنها
ضعيفة لا تمنع النكاح بناء على اعتقادهم كالاستبراء فيما بين المسلمين وكان النكاح صحيحا
وبعد المرافعة والاسلام الحال حال البقاء والعدة لا تمنع البقاء كالمنكوحة اذا وطئت
بشبهة بخلاف ما اذا كانت معتدة من مسلم لان تلك العدة قوية واجبة حقا للزوج
والذمي اذا تزوج بمحارمه وذلك نكاح فيما بينهم فطلبت منه نفقة النكاح فعلى قول
ابي حنيفة رحمه الله يفرض لها وعلى قولهما لا بناء على ان عند ابي حنيفة رحمه الله لهذا النكاح حكم الصحة
حتى قال لو دخل بها لا يسقط احصانه حتى اذا اسلم يحد قاذفه ولو طلب احدهما الفرقة
لا يفرق ما لم يطلبا وعندهما رحمهما الله حكم الفساد حتى قالا يفرق بطلب احدهما الا انا لا نتعرض
لهما بحكم عقد الذمة ولا نفقة في النكاح الفاسد وعند ابي يوسف رحمه الله يفرق القاضي
بينهما اذا علم به من غير طلب واجمعوا ان في النكاح بغير شهود تستحق النفقة لانه محكوم
بالصحة فيما بينهم عند الكل واذا خرج الحربي وامراته الينا بامان فطلبت النفقة لا يفرض
لها على الخصاف رحمه الله وقال هذا من احكامنا ولم يرضوا باحكامنا الا ان يصيرا ذميين
فحينئذ يقضى واذا خرج احد الزوجين مسلما ثم خرج الاخر بعده فلا نفقة لها لان الزوج
ان كان هو الخارج اولا فلا عدة عليها بالاتفاق وان كانت المراة هي الخارجة اولا فكذلك عند
ابي حنيفة رحمه الله وعندهما وان وجبت العدة الا ان وجوب نفقة العدة باعتبار ملك
الحبس الثابت للزوج عليها حال العدة وتباين الدارين كما يقطع عصمة النكاح يقطع
ملك الحبس الثابت بالنكاح حربية دخلت بامان ولها ابن مسلم فلا نفقة لها عليه
لانها صلة ونحن قد نهينا عن ايصال البر الى الحربي وهذا لان هذه الصلة لاعانته وهو من
من اهل الحرب فهو مستوجب للقتل غير مستوجب للابقاء وكذا لو كان لهما ابن
ذمي لا نفقة لها عليه وان كان للمسلم وان كان المسلم ابن ذمي معسر في القياس لا نفقة
عليه لاختلاف الدين وكذا لو كان الاب مسلما والولد ذميا الا ترى انهما لا يتوارثان
واستحقاق نفقة الوالدين والمولودين بطريق الصلة كما في سائر الاقارب لكنا استحسنا
في قرابة الولاد وقلنا بوجوب النفقة لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا وهذا في
الابوين الكافرين لقوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي وليس من المصاحبة بالمعروف

ان تركهما موتان جوعا مع استحقاق النفقة بين الوالدين والمولودين بسبب الولاد وذلك
متحقق مع اختلاف الدين وفي ساير الاقارب بسبب الوراثة وباختلاف الدين ينقطع
التوارث الا ترى ان حكم العتق عند الدخول في ملكه وحرمة الرجوع في الهبة لما تعلق بالرحم
المحرمية ثم ما لم يختلف ذلك باختلاف الدين على الحربي لانا ما نهينا عن البر
الى الذمي امراة خاصمت زوجها في النفقة فرض لها في كل شهر ما يكفيها بالمعروف لان النفقة
مشروعة للكفاية فانما تفرض بمقدار ما يعلم انه يقع به الكفاية وهو فوق التقتير ودون
الاسراف لانه مامور بالنظر من الجانبين وكما تفرض لها قدر الكفاية من الطعام فكذا
من الادام والدهن اما الادام فلان الخبز لا يوكل الا مادوما عادة وجا في تاويل قوله تعالى
من اوسط ما تطعمون اهليكم ان اعلى ما يطعم الرجل اهله اللحم والخبز واوسطه الخبز
والزيت وادناه الخبز واللبن واما الدهن فلانها لا تستغني عنه خصوصا في ديار الحر فانه
من اصول الحوائج كالخبز وكذلك تفرض لها من الكسوة ما يصلحها للشتاء والصيف فان
بقاء النفس بهما وكما لا تبقى النفس بدون الماكول لا تبقى بدون الملبوس عادة والحاجة
تختلف باختلاف الاوقات وباختلاف الامكنة فيعتبر المعروف في ذلك فان كان الزوج صاحب مائدة
يمكن هي من تناول ما يكفيها ليس لها ان تطالبه بالفرض ولا يفرض القاضي لانها متعنتة في
الطلب لان الرجل اذا كان بهذه الصفة وينفق على من ليس في عياله لا يمتنع عن الانفاق
فلا يفرض الا اذا ظهر للقاضي انه يضرها ولا ينفق عليها ثم عند محمد يفرض في ظاهر الرواية
المعتبر حال الرجل في اليسار والاعسار قال الله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وقال
الله تعالى لينفق ذو سعة من سعته الاية وذكر الخصاف رحمه الله ان المعتبر حالهما حتى
اذا كانا موسرين فلها نفقة الموسرين وان كانا معسرين فلها نفقة المعسرين وان كان الزوج
موسرا وهي معسرة تستوجب عليه دون ما تستوجب اذا كانت موسرة لان الظاهر ان ذلك
يكفيها وان كانت موسرة والزوج معسر تستوجب عليه فوق ما تستوجب اذا كانت معسرة
ليحصل كفايتها بذلك وفي ظاهر الرواية يقول لما تزوجت بمعسر فقد رضيت بنفقة المعسرين
قال مشايخنا رحمهم الله المستحب للزوج اذا كان موسرا وهي فقيرة ان ياكل معها
ما ياكل بنفسه لانه مامور بحسن العشرة معها وذلك في ان يواكلها لتكون نفقته
ونفقتها سواء وان كان لها خادم تفرض لخادم واحد لان الزوج محتاج الى القيام بحوائجها
واقرب ذلك اصلاح الطعام لها وخادمها ينوب عنه في ذلك فيلزمه نفقة الخادم
بالمعروف ولا يبلغ نفقة خادمها نفقتها حتى قالوا يفرض لخادمها ادنى ما يفرض لها على

الزوج

الزوج المعسر ولا تفرض الا لخادم واحد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف
تفرض لخادمين لانها تحتاج اليهما ليقوم احدهما بامور داخل البيت والاخرى بامورها
من الخارج مما تحتاج اليه وهما قالا حاجتها تندفع بالواحد عادة وما زاد على الواحد
فللتجمل ووجوب النفقة على الزوج للكفاية فكما لا تزيدها على قدر الكفاية في نفقتها
فكذلك في نفقة خادمها ولو صالحته على نفقة لا يكفيها ثم رافعته الى القاضي يبلغها
الكفاية وكذا اذا فرض القاضي بالدراهم ثم غلا او رخص يعتبر الكفاية في كل زمان ولو كفل
لها رجل بالنفقة كل شهر لم يكن لها الا الشهر الواحد لما ذكرنا في الطلاق فان وقت وقتا
او قال انا ضامن لنفقتك ما عشت فهي عليه كما قال ولو كساها زوجها فتخرقت
الكسوة فالاصل فيه ان القاضي متى ظهر له الخطا في التقدير يرده ويستانف القضا
واذا لم يظهر له ذلك لا يرده لانه اذا لم يظهر الخطا بقي التقدير معتبرا واذا ظهر يجعل
وجوده كعدمه فصار كانه فرض لها الكسوة ولم يوقت وقتا فتخرقت من
غير اسراف فانه يقضي بكسوة اخرى فكذا اذا قدر فنقول اذا هلكت الكسوة او سرقت
ثم تبين الخطا في التقدير فلا يقضي بكسوة اخرى ما لم يمض ذلك الوقت وان تخرقت
بالاستعمال قبل مضي المدة ان تخرقت لخرق استعمالها لم يتبين الخطا ايضا في التقدير
فيمضيه وان تخرقت بالاستعمال المعتاد تبين الخطا لانه وقت وقتا لا تبقى الكسوة
الى ذلك الوقت فيقضي لها بكسوة اخرى لانه لم يتبين الخطا في التقدير وان لم تستعمل
معها كسوة اخرى لا يفرض لها بكسوة اخرى وقد بقي من العين شي حتى يقضي لها
بكسوة اخرى والفرق ان في النفقة لم يظهر خطاؤه لجواز انه انما بقي للتقتير
في الانفاق فيبقى التقدير معتبرا اما في الكسوة اذا لبست حسب المدة ولم تتخرق فقد
ظهر الخطا يقينا لعلمنا انه لم يوجد التقتير في اللبس فرق بين نفقة الزوجات
وكسوتهن ونفقة الخادم وكسوتهم فان في الخادم اذا سرقت النفقة او الكسوة
قبل الوقت او تخرقت تاما ولو بقي بعد المدة شي لا تفرض ما بقي شي لان نفقة الخادم
وكسوتهم انما تجب باعتبار الحاجة ولهذا لا تجب مع الغنى ومتى ضاعت تحققت الحاجة
ومتى بقيت لا تتحقق اما نفقة المراة وكسوتها انما تجب عوضا عن الاحتباس او كفاية
لها والقاضي انما جعل هذا المال عوضا عن احتباس مقدر وكفاية لوقت مقدر
فاذا لم يظهر خطاؤه جاز احتباس اخر لم ياخذ باراه عوضا فيقضي لها بالعوض ولو فرض
النفقة ولم ياخذها وانفقت من مالها اخذت لها مهني لان صار دينا بخلاف نفقة

مصر بالفرض

المحارم لان وجوبها باعتبار الحاجة فانه لم يأخذ حتى ماتت او مات بطل ذلك بمنزلة ذمي
مات او اسلم وعليه خراج وعند الشافعي رحمه الله لا يسقط بناء على ان النفقة عنده
تستحق بسبب استحقاق العوض على ما ذكرنا وعندنا تستحق استحقاق الصلات و
والصلاة تسقط بالموت قبل القبض ولان السبب قيام الزوج عليها وتفريغها نفسها
لمصالحه وقد زال ذلك قبل الاستيفاء فتسقط كما اذا زال العيب عن المبيع قبل الرد
وكذا لو طلقها يسقط ما اجتمع عليه من النفقة هكذا قال القاضي الامام ابو علي الحسين
بن الخضر النسفي رحمه الله وكان يقول وجدنا في كتاب الطلاق والحرية ووجه التشبيه ان
الذمي انما يؤخذ منه خراج رأسه لا خراج على الدين الباطل وقد زال ذلك بالموت او
الاسلام فالمرأة ايضا انما تستحق النفقة بالوصلة التي كانت بينهما وقد انقطعت بالطلاق
هذا اذا فرض القاضي ولم يأمرها بالاستدانة اما اذا امرها بالاستدانة على الزوج
فاستدانت ثم مات احدهما لا يبطل ذلك هكذا ذكر الحاكم الشهيد رحمه الله في المختصر
وذكر الخصاف رحمه الله انه يبطل ايضا والاصح ما ذكر في المختصر لان استدانتها بامر
القاضي وللقاضي ولاية عليهما بمنزلة استدانة الزوج بنفسه ولو استدان بنفسه
لا يسقط ذلك الدين بالموت كذا هنا وكذا في الطلاق يجب ان يكون هكذا قال الحاكم رحمه
الله وفايدة الامر بالاستدانة الرجوع بعد الموت فان بدونه لا يرجع ولو كانت استعجلت
النفقة ثم ماتت قبل مضي المدة او مات هو لم يكن للزوج ان يسترد من تركتها شيئا ولا ان
يرجع عليها وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف لما قلنا انها صلة من وجه وحق الاسترداد
في الصلاة يبطل بالموت كالرجوع في الهبة وقال محمد رحمه الله يرفع عنها حصة ما مضى
ويسترد ما وراء ذلك ان كان قائما وقيمته ان كان مستهلكا لانها اخذت ذلك من ماله لمقصود
ولم يحصل ذلك المقصود فكان له ان يسترد كما لو عجل لها النفقة ليتزوجها فماتت قبل
ان يتزوجها وروى ابن رستم عن محمد رحمه الله انها ان قبضت نفقة شهر فما دونه لم يرجع عليها
بشيء وكذا ان قبضت لاشهر كثيرة فماتت احدهما قبل مضي المدة والباقي من المدة شهر او دونه
وان كان اكثر من ذلك ترك لها مقدار نفقة شهر ويسترد ما زاد على ذلك استحسانا لان
الشهر وما دونه في حكم اليسير فصار كنفقة الحال ولانه انما يعطيها النفقة شهرا فشهرا
عادة ففي مقدار نفقة شهر هي مستوفية حقها وفيما زاد على ذلك مستعجلة ولو فرض لذي
رحم محرم نفقة فانفق من ماله لم يرجع عليها ما ذكرنا رجل تحته امة قد بوأها فأخذها المولى
للخدمة بطلت النفقة فان طلقها بعد الاخراج فلا نفقة لها ولذا ان يعيدها الى منزله وقد

ذكرنا

ذكرنا في الباب المتقدم رجل تحته مكاتبة فلها النفقة بوأها او لم يبوئها لان التسليم في
المكاتبة لا يتعلق بالتبوئة لان منافعها على حكم ملكها لصيرورتها احق بنفسها ومنافعها
بعقد الكتابة ولهذا ليس للمولى ولاية استخدامها فكانت كالحرة ولو ولدت منه فنفقة
الولد عليها وام الولد بمنزلة القنة ولو اعتق ام ولده فلا نفقة لها في العدة لان استحقاق
النفقة كان لها بملك اليمين والعتق منافي للملك وما عليها من العدة نظير العدة من نكاح
فاسد او وطي بشبهة الا ترى انها لا تستحق بالحياة والوفاة والله اعلم

باب الجارية والغلام تقام عليهما

البينة فيدعيان على يد عدل والنفقة في ذلك اصل الباب ان الشهادة القائمة على عتق
الامة تقبل بغير دعوى والشهادة القائمة على عتق العبد لا تقبل بغير دعوى عند ابي حنيفة
رحمه الله وعندهما تقبل لان هذه شهادة قامت على حق الله تعالى فتقبل من غير دعوى كما في عتق
الامة وطلاق المرأة وبيان الوصف انها قامت على الاعتاق وهو حق الله تعالى لانه سبب العتق والعتق
حق الله تعالى بدليل النص والمعنى اما النص والمعنى اما النص فقوله عليه السلام ثلثة انا خصمهم
يوم القيامة ومن كنت خصمه خصمته وذكر في جملتها من باع حرا واكل ثمنه ولو كان حق العبد
لكان هو الخصم فيه كساير حقوقه دون الرسول عليه السلام ولا يجوز بيعه برضاه والمعنى فيه انه
تقع حكمه اثره في اهلية العبادات نحو الجمع والاعياد والحج والزكاة واهلية القضاء والشهادة
وهذه العبادات حق الله تعالى فالاهلية التي يترتب عليها هذه العبادات ويتوصل اليها يكون
حقا لله تعالى ودل عليه ان المولى ينفرد باثباته ولا يرتد برده وحقوق العباد بخلافه ولهذا الا يمنع
الثناقض صحة الدعوى ولو كانت الدعوى شرطا لمنع كما في ساير الحقوق ولابي حنيفة رحمه الله ان هذه
شهادة قامت على حق العبد فلا يقبل من غير دعوى كما في ساير الحقوق وبيانه ان العتق يقع حكمه
يظهر اثره في المالكية والولاية ودفع استيلاء الغير ولانه استيلاء على الغير وكل ذلك حقه فيكون
العتق حقه والثاني ان الرق انما ضرب عليه عقوبة له لانه لما استنكف من ان يكون عبد الله فالله
تعالى ضرب عليه الرق وجعله عبد العبد جزاء على استنكافه وانما كان ضرب الرق عقوبة له
ان لو كان الفايت به حقه وان اشتمل على حق الله تعالى على ما ذكرتم لكن الرجحان بحق العبد
اما بالوضع او الملازمة فان اللفظ منبئ عن ثبوت العتق الا ان سقوط الملك من ضروراته وملازمه
القوة التي يظهر اثرها في حقوق العبد ولم يوضع لاهلية العبادة ولا بلازمها ايضا بدليل اعتاق
الصبي والمجنون والكافر لكن قد يتعلق به حق الشرع ومقصود التصرف والموضوع لا حجة
للانفكاك وعدم الانفكاك فكل حكم ينفك عن السبب عن رمانه لم يكن السبب موضوعا له وما

لا ينفك عنه لكون موضوعا له وإذا كان في حق العبد لا تقبل الشهادة بغير دعوى كما في سائر الحقوق
وهذا لأن الشهادة لا ينفك عن احتمال الكذب لكن سقوط اعتباره لحاجة الناس واجبا
الحقوق وأمارة ذلك دعوى صاحب الحق أما الحديث فلا حجة فيه لأنه ذكر في جملتها من
استأجر أجيرا أو استوفى عمله ولم يوفه أجره مع أن الأجر حق العبد ولا يستوفي إلا بطلبه إلا أنه
جعل نفسه خصما لأنه خصم عن الضعفاء كالإمام في الدنيا وإنما يتفرد به ولا يريد برده لأنه
أسقط ملكه ومتى سقط ملكه لا إلى أحد يعتق ضرورة وهذا لما عرف أن الرق إنما ضرب عليه
جزاء على استنكافه فإذا أسلم فقضيته أن يزول لزوال العلة إلا أن الملك في الآدمي لا
يبقى بدون الرق وملك المسلم محصور فلو زال الرق بطل ملكه فيتوقف على إذن الله فإذا أعتق
وجد منه إذن الله الملك فيعتق بالسبب السابق وأما عتق الأمة فلأنه سبب تحريم الفرج
وهو من حق الله حق الشرع لم يثبت في حق العتق ضرورة أن السبب هنا العتق بحكم الحال
لا بحكم الوضع ولهذا ينفك الإعتاق عن حرمة الفرج وحرمة الفرج عن الإعتاق وإن أمكن جعل
العتق سببا من حيث إنه حقها فلم يمكن جعله سببا للحرمة ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله الشهادة
على عتق إحدى الأمتين لا تقبل من غير دعوى لأنه لا يتضمن تحريم الفرج ولأنها متهمة في عدم الدعوى
أو الإنكار فلا يلتفت إلى إنكارها وأما التناقض قلنا في جهة الأصل لا حاجة إلى الدعوى
لأنها لا ينفك عن حرمة الفرج من جهة الأمهات فكان بمنزلة الشهادة على عتق الأمة حتى لو انفك
عن ذلك يكون الدعوى شرطا ولأن في جهة الأصل والعارض مبنى الأمر على الخفاء لأن المولى
ينفرد بالإعتاق من غير علم العبد فصار التناقض عفوا كما في دعوى الملاعن بسبب الولد
وكالمختلعة إذا أقامت البينة على الطلقات الثلاث وكما لو ولدت الجارية في ملكه ثم
باعها ثم ادعى بسبب العلوق وحرف آخر أن نفقة المملوك تجب على المولى بسبب الملك فكل من كان مملوك
الرقبة والمنافع يستوجب النفقة على المولى ومن كان مملوك الرقبة دون المنافع كالمكاتب
لا يستوجب ثم المملوك إن كان قادرا على الكسب يكتسب وينفق على نفسه أو يؤاجره
المولى وينفق عليه من الأجر وإن كان صغيرا أو مريضا ففي العبد والأمة يجبر المولى على
الإنفاق عليهما أو بيعهما وفي المدبر وأم الولد يجبر على الإنفاق لا غير بخلاف نفقة امرأة الصغير
حيث تجب على الزوج علماؤنا إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل في يده أمة شهد شاهدان
على حريتها وادعت ذلك أو أنكرت قبلت البينة لأنها قامت على حرمة الفرج فيقبل لحق الله
تعالى كما في الطلاق والذي فإذا قبلت ولم يظهر التزكية تضعها على يدي امرأة ثقة وإن
كان المولى عدلا لأنه يعتقد الحل فلا يمتنع عن وطئها فيحول بينهما بالإخراج من يده فرق بين هذا

وبين

وبين الطلاق فإنه يحول بينهما بنصب أمينة بينهما لا بالإخراج والفرق من وجهين أحدهما أن
إخراجها في الطلاق حرام سواء كانت البينة صادقة أو كاذبة فتعذر الحيلولة بالإخراج فوجب
نصب الأمينة أما هنا إن كانت البينة صادقة يحل إخراجها لأنها حرة بغير عدة وإن كانت كاذبة
لا يحل الإخراج لأنه أبلغ في الحيلولة فإذا أمكن إثبات الحيلولة بالإخراج من غير ارتكاب الحرام
يتعين كان أولى إلا أن هذا الوجه في الفرق غير سديد فإن المرأة إذا كانت غير مدخول بها وهي في
بيت الزوج لم يحل لها والمسألة بحالها لا توضع على يد عدل وإن لم يكن عليها عدة ولا يحرم إخراجها
لو كانت صادقة والوجه الثاني وهو الصحيح أن وضع الحرة في يد العدل لا يعتمد لأنه لا يثبت
للحر على الحرة يد إلا بالنكاح ولا نكاح فإذا لم تعد لا توضع أما إذا كانت البينة كاذبة فوضع الأمة
في يد العدل يعتمد لأنه يثبت للحر على الأمة يد بدون النكاح فيتعذر الوضع نظيره ما ذكر في
الزيادات إذا غصب مدبرا فأبق من يده وضمن قيمته ثم عاد من الإباق إلى يد الغاصب
رده على مولاه ويرجع عليه بما أخذه وليس له أن يحبسه لاسترداد الضمان ولو كان مكانه
عبدا وأخذ القيمة يقول الغاصب ثم عاد من الإباق كان للمولى أن يأخذ العبد وللغاصب أن
يحبسه لاسترداد الضمان لأن حق الحبس لا يثبت إلا في محله ومحله ما هو محل الثبوت ملك
اليد ابتداء والمدبر لا يحتمل ذلك ولهذا لا يجوز رهنه أما القن محل الثبوت ملك اليد
ولهذا يصح رهنه فكذلك هنا فإذا وضعت على يد العدل طلبت النفقة قال محمد رحمه الله
في الأصل يفرض نفقتها على الذي كانت في يده لأن نفقتها كانت واجبة عليه بالملك قبل إقامة
البينة فإن كانت البينة صادقة تسقط نفقتها عنه وإن كانت كاذبة لا يسقط وإن
صادفت ممنوعة عن المولى لأن نفقة المملوك إنما تجب بالملك والملك في هذه الحالة وقع
الشك في السقوط فلا يسقط بالشك ولا تستقر نفقتها بمنع بخلاف الطلاق لأنا أسقطنا
بسقوط النفقة بعد مضي الحيض مع المنع على تقدير النكاح والطلاق وهنا لا يسقط
ثم قول محمد رحمه الله يفرض لها النفقة أي يقدر لا الفرض حقيقة لأن نفقة المملوك لا يصير
دينا على المولى فيما مضى بالقضاء لأن المملوك لا يستوجب على مالكه دينا فكان المراد أن القاضي
يقدر لها نفقة ويجبره على أدائها فالفرض هو التقدير قال الله تعالى فنصف ما فرضتم أي
قدرتم فإن أنفق عليها فلم يزك الشهود وردت على مولاها لا يرجع المولى عليها بما أنفق وفي
المنكوحة إذا كانت مفرطا بها وفرض القاضي النفقة وردت على الزوج يرجع عليها لأن
في المسألتين جميعا يعني أن كل واحد منهما مملوكه ومنكوحه منعتا عن الزوج والمولى
لا بمعنى من جهتها إلا أن منع المنكوحة عن الزوج يسقط النفقة لما مر ومنع المملوكة لا ولأنه

مسئلة المدبر المغصوب

لا فايدة في ايجاب الضمان لان المولى لا يستوجب دينا بخلاف المكوجه وان ذكر البينة رجع
عليها المولى بالنفقة ان احدث بعض القاضي او اكلت في بيته بغير اذنه بخلاف الطلاق والرق
ان الاستحقاق هنا بالملك وسببه انه لا ملك لانه انما يقضي بحريتها من الوقت الذي شهد به الشهود
فتبين انها اخذت بغير حق وبعد الاستحقاق والاجنبيات لحق الزوج وتبين انها محبوسة
لحق الزوج في البعض ولو اكلت من مال المولى باذنه او باجنبية لا يرجع عليها لانه متبرع ويستوي
فيما ذكرنا ان شهدوا على حريته الاصل وعلى اعتاقه ولو لم يقم البينة على حريتها لكن المولى
لم ينفق عليها فرافعته الى القاضي وطلبت النفقة واجبره القاضي على نفقتها او كانت
تاكل من بيته بغير اذنه او باجنبية ثم قامت بينة انها حرة فهو على ما ذكرنا اما الجبر على الانفاق
فلان نفقتها واجبة عليه بالملك فصار ظالما بمنع حقها والقاضي نصب لدفع الظلم فيقول
له انفق عليها او بعها فرق بين هذا وبين الزوج اذا عجز عن الانفاق او ابى مع القدرة لا يجبر
القاضي على التفريق وعند الشافعي رحمه الله يفرق بطلبها لقوله تعالى فامساك بمعروف او
تسريح باحسان والمعروف في الامساك ان يوفيها حقها من المهر والنفقة والوطء فاذا عجز
تعين التسريح وهو المعنى في المسئلة فان المستحق عليه احد شيئين فاذا تعذر احدهما تعين
الاخر كما في الجب والعنة بل اولى لان حاجتها الى النفقة اظهر من حاجتها الى قضاء الشهوة
لكن لما تعين التفريق لايصالها الى حقها من جهة غيره فرق القاضي بينهما فكذلك هنا تعين التفريق
لايصالها الى النفقة من جهة غيره وبه فارق المهر والنفقة المجتمعة لان التفريق ليس
بطريق لايصالها الى ذلك من جهة غيره فاما نفقة الوقت تصل اليها بعد التفريق من جهة زوج
اخر وعليه نفقة العبد والامة فانه مستحق عليه بسبب الملك فاذا تعذر عليه يجبر على
ازالة الملك بالبيع واستدل بما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كتبا الى امراء الاجناد ان
مروا من قبلكم ان يبعثوا بنفقة اهاليهم او يطلقوهن وقيل لسعيد بن المسيب رحمه الله
الفرق بين العاجز عن النفقة وامراته فقال نعم فقيل له انه سنة فقال نعم والسنة اذا
اطلقت يفهم منه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وحجتنا قوله تعالى وان كان ذو عسرة
فنظرة الى ميسرة فهذا تنصيص على ان المعسر منظر ولو جاز التفريق لم يكن لها ان تطالبه بالفرقة
فكذلك اذا استحق النظر شرعا الا ان المستحق بالنص التاخير فلا يلحق به ما يكون ابطالا لان
ذلك فوق المنصوص في حق المملوك يكون ابطالا لانه لا يثبت للمملوك على مالكه دين وفي حق
الزوجة يكون تاخيرا لا ابطالا وبه تبين انه غير عاجز عن معروف يليق بحاله وهو الالتزام
في الذمة فان المعروف في النفقة على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وعلى المعدم قدره وهو

الالتزام في الذمة مع ان التسريح طلاق وعندنا المستحق هنا الفسخ بسبب العجز حتى
اذا فرق لم يكن طلاقا وبه يبحث عن حديث عمر وعلي رضي الله عنهما مع انهم ما كانوا عاجزين عن
المهر والنفقة فان نفقة عيال بني هو من الحد من مال بيت المال والامام هو الذي يوصل ذلك
اليهم ولكنهما خافا عليهن الفتنة لطول غيبة ازواجهن فامراهم ان يبعثوا اليهن
ما يطيب به قلوبهن والمعنى فيه ان النفقة ما لا العجز عنه لا يوجب التفريق كالمهر والنفقة
المجتمعة بل اولى لان ذلك دين مستقر ونفقة الوقت لم تستقر دينا بعد وهذا لان المقصود
بالنكاح غير المال فكان المال فيه زائدا والعجز عن التبع لا يكون سببا لرفع الاصل وكما
ان بالفرقة لا يتوصل الى مهرها الذي على الزوج الاول انما يتوصل الى مثله من جهة اخرى فكذلك
النفقة وبه فارق الجب والعنة فان هناك تحقق فوات ما هو المقصود مع ان عندنا هناك
لا ينفسخ العقد بل يفرق بينهما بطريق التسريح بالاحسان حتى يكون طلاقا فالازالة ظلم التعليق
عنها وهذا ليس في معنى ذلك من وجوه احدها ان هناك قد انسد عليها باب تحصيل ذلك
المقصود بدون التفريق بينهما وهنا لم ينسد بان تستدين فتنفق والثاني في ان هناك الزوج
يمسكها من غير حاجة له اليها فيما هو المقصود فكان ظالما وهنا يمسكها مع حاجته اليها
فيما هو المقصود فلا يكون ظالما والثالث ان هناك في ترك التفريق ابطال حقها لان وطيئة الجماع لا
يصير دينا على الزوج بمضي المدة فلو فرقنا كان فيه ابطال ملك الزوج فاستويا في ضرر
الابطال وفي جانبها رجحان لصدق حاجتها وهنا في ترك التفريق تاخير حقها لان النفقة
يصير دينا على الزوج وضرر التاخير دون ضرر الابطال وبه يفرق بينه وبين العبد
فالضرر هناك ضرر الابطال لان النفقة لا تصير دينا للمملوك على المالك فكان في الترك ابطال
حقه بغير بدل وفي البيع ابطال ملك المولى ببدل فكان ضرر المولى اهون حتى ان في الموضع الذي
يكون ابطالا بغير بدل لا يفعل ذلك وهو انه اذا عجز عن نفقة ام ولده لم يعتقها القاضي
عليه وكذا في المدبر امراة فرض لها القاضي النفقة او اخذت من مال الزوج شيئا وانفقت
على نفسها ثم ظهر انها اخته من الرضاع وفرق بينهما فانه يرجع عليها بما اخذت لانه تبين
انها قبضت بقضاء باطل وكانت قابضة بغير حق وانه في يد عدل او في رجل لها امانة
واما ام الولد فانها توضع على يد عدل حتى يظهر عدالة الشهود ويومر الذي كانت في يده
بالانفاق عليها لان الملك له ظاهرا على ما مر وذكر الصدر الشهيد رحمه الله في ادب القاضي
في باب ما يصنعه القاضي على يد عدل ان القاضي انما يضعها على يدي عدل اذا سال المدعي
ذلك اما بدون طلبه لا يضع فان وضع وانفق من اليد فان لم يترك البينة لم يرجع المولى

بما انفق على جلدوان ركبت لم يكن له ان يرجع على المدعي ولا على الجاريه بشيء في قياس
قول ابي حنيفه وابي يوسف وعلى قولهما يرجع بذلك على الجاريه فيباع في النفقه الا ان
يعيدها المدعي ما لا يرجع على المدعي لانه انفق على جاريته بغير اذنه انما الخلاف في المرجوع
على الجاريه عنده لا يرجع وعندهما يرجع فيقال للمدعي اما ان تبيع عليك الجاريه او تفديها
بالدين بمنزله العبد المحجور اذا استهلك مال انسان فان باعها او فدى رجع على الذي
كانت في يده بالاقل من قيمتها لانه في الاقل مضطر وفي الزياده مختار لانه كان يتخلص
بالاقل وهو نظير العبد المغصوب اذا جنى في يد الغاصب فانه يجبر المالك بين الدفع
والفداء وانما اختار يرجع على الغاصب بالاقل وهذا الخلاف بنا على ان البينه متى زكيت
وقضي بها للمدعي ظهر ان المدعى عليه كان غاصبا في حال ما انفق عليها لانها في يد العدل ويد
العدل يد المدعى عليه كيد العدل في الرهن يد المرتهن ولهذا لو هلكت في يد العدل يضمن
المدعى عليه قيمته كما اذا هلك المرهون في يد العدل يصير المرتهن مستوفيا دينه فتبين
انها استهلكت شيئا من مال الغاصب ومن اصل ابي حنيفه رحمه الله ان جنايه المغصوب
على الغاصب وماله هدر كجنايه المملوك على مالكه اذا كان في يده اليه اشار في الاصل فقال
لانها في ضمانه ومن اصلهما ان جنايه المغصوب على الغاصب معتبره كجنايته على الاجنبي
فالحاصل ان عند ابي حنيفه رحمه الله الغاصب ملحق بالمالك في حق المغصوب حتى لا يعتبر
جنايته عليه والمالك ملحق بالاجنبي حتى تعتبر جنايته عليه حتى لو قتل مولاه او عبدا له
وقيمه المقتول اكثر من قيمته ثم رده الغاصب على المولى فالغاصب ضامن قيمه العبد المغصوب
وعندهما الغاصب بمنزله الاجنبي في حق جنايته عليه وجنايته على مولاه هدر حتى اذا
رد الغاصب العبد بعد الجنايه عليه لا يضمن شيئا واجمعوا ان العبد لو قتل نفسه في
يد الغاصب ضمن قيمته لمالكه ان الملك للمالك في النفقه والجنايه عليه الا ترى انه هو المخاطب
بالدفع او الفداء فاذا كان حكم الجنايه يرجع اليه يستحيل ان يجب عليه دفعه الى نفسه
الا انه يرجع بالاقل لانه انما لحقه الضمان بسبب كان عنده وقد قبض فارغا ودفع مشغولا
كما ذكرنا بخلاف ما اذا قتل العبد نفسه لان العبد صار مضمونا عليه بالغصب فلا
يتخلص عن ضمانه الا برد عينه او قيمته اذا عجز عن تسليم عينه واذا كان ذلك بما وقد
رده فقد رد العين الى مالكه فبرئ عن ضمانه ويوجب جنايته على مالكه فلا يؤاخذ
بشيء ولابي حنيفه رحمه الله ان الضمان لو حصل من غيره كان وارد الضمان عليه فاذا حصل عليه
كيف يجب على غيره وهذا لان الضمان في الحاصل عليه الا انه لا يقدر على دفع العبد بالجنايه

ومن نفقتها صح

الغاصب صح

لانه

لانه ملك للمولى ويمكنه دفع العبد الى مالكه فيدفع اليه ويضمن قيمته كما في المدبر اذا جنى
جنايه فعلى المولى قيمته لانه لا يقدر على دفعه وكذا المسلم اذا استهلك خمر الذمي فعليه
قيمتها لانه لا يقدر على دفع المثل فيتحول الضمان الى القيمه فكذلك هاهنا عبد في يد
رجل ادعاه اخر واقام بينه لم يوجد مزكي لان الوضع على يد العدل في الامه انما كان
لصيانه حق الله تعالى في الفرج ولم يوجد هذا المعنى هنا لكن ياخذ القاضي منه كفيلا
بنفسه وبالعبد ووكيلا بالخصومه اما اخذ الكفيل بنفسه لان القاضي لا يمكنه
القضاء على الغايب فلولم ياخذ منه كفيلا ربما يغيب فلا يمكنه القضاء فيفوت حق
المدعي واما ياخذ بنفس العبد لان حضور العبد شرط لصحه الشهاده والقضاء
فلولم ياخذ ربما يغيبه واما ياخذ وكيلا حتى اذا غاب المدعى عليه ولم يقدر الكفيل
على احضاره يقضي على الوكيل ويجوز ان يكون الوكيل هو الكفيل واحد لحصول المقصود
وهذا اذا طابت نفس المدعى عليه بالتوكيل فاما اذا ابى لا يجبر عليه لانا نظرنا للمدعي باخذ
الكفيل منه فينظر للمدعى عليه بعدم الجبر على التوكيل اذ الناس يتفاوتون في الخصومه
فلعل يتضرر المدعى عليه بخصومه الوكيل وهذا كما يجبر المدعى عليه في باب الديون بعد
اقامه البينه قبل التزكيه على اعطاء الكفيل بالنفس نظرا للمدعي ولا يجبر على اعطاء
الكفيل بالمال نظرا للمدعى عليه ولو ان المدعى عليه وكل وكيلا بالخصومه ان رضي المدعي
جاز وان لم يرض لا يجوز عند ابي حنيفه رحمه الله وعندهما يجوز فان لم يجد المدعى عليه كفيلا
يقول القاضي للمدعي الزم المدعى عليه والعبد حتى لا يغيب هو ولا يغيب العبد فان كان
المدعي لا يتفرغ على ملازمته وكان المدعى عليه ممن يخاف عليه ما في يده من الاتلاف والتعييب
يحبسه بوضعه القاضي على يدي عدل احتياطا لحق المدعي وكذا لو كان المدعى عليه مخوفا على
ما في يده فاسقا معروفا فراى القاضي ان يضعه على يد عدل ويامر بالعمل والنفقه على
نفسه فلا باس بذلك اما اذا كان فاسقا معروفا بالفجور بالغلمان فصيانه لحق الله تعالى
وهذا لا يختص بحاله الدعوى واقامه البينه بل في كل موضع كان صاحب الغلام معروفا
بالفجور مع الغلمان فالقاضي يخرجه من يده ويضعه على يدي عدل بطريق الامر بالمعروف
والنهي عن المنكر وان لم يكن كذلك لكن كان معروفا بالتعييب فلصيانه حق المدعي
لكن اذا وضعه على يد عدل وطلب العبد النفقه من القاضي فالقاضي لا يامره بالنفقه
لكن يامره بالكسب فياكل من كسب نفسه اذا كان تاجرا كما قبل الوضع على يد عدل بخلاف
الامه لانها عاجزه لضعف بنيتها حتى لو كانت معروفه بالكسب بان كانت خبازه او

من الكسب

او عسى لا يومر بالكسب ايضا هكذا قاله الفقيه ابو بكر السلمي والفقيه ابو اسحق الحافظ
رحمهما الله فان كان العبد مريضا او صغيرا لا يقدر على الكسب اجبر الذي كان في يده على
الانفاق عليه كما قلنا في الامة وذكر في كتاب العتاق ان العبد اذا ادعى العتاق واقام
البينة يحال بينه وبين العبد الى ان يزكى الشهود لان استرقاق الاحرار امر مستعظم
شرعا ثم ذكر محمد رحمه الله في الكتاب يأخذ القاضي منه كفيلا ووكيلا ولم يذكر
طلب المدعي وذكر في الزيادات وانما يأخذ الكفيل بطلبه لان حقوق العباد لا تستوفى
الا بطلبهم ٥ باب ______ من الرقيق والبهائم

والله اعلم
نفقتي م

تدعي اصل الباب ان القاضي انما تنفقه يجبر عليها لان القضاء للالزام ونفقة
الرقيق يجبر عليها فيقضى بها ونفقة ما عداه من الدابة والنحل والزرع يجب ديانة
ويفتى لما في تركه تضييع المال وتعذيب الحيوان وهو منهي عنه فيؤمر به ديانة
ويفتى على طريق الحسبة والامر بالمعروف وعند الشافعي رحمه الله يجبر لانه ظلم فينبغي
ان يزيله وقد نهى النبي عليه السلام عن اضاعة المال وقد تحقق سببه وهو الملك كما
في الرقيق وانا نقول الجبر على الانفاق نوع قضاء منه والقضاء يفتقر الى شرائط القضاء
وهو المقضي له والمقضي عليه والطلب لانه انما يبطل الحق بحث قضاية بالطلب لهذا
لو علم بالدين والمماطلة من المديون ليس له ان يجبر على قضاء الدين الا بطلب رب الدين
وقد وجد هذه الشرائط في الرقيق لانه وجدت الطلب وهو مقضي له والمولى مقضي
عليه والمولى يصلح مقضيا عليه والرقيق يصلح مقضيا له لانه من اهل ان يستحق
حقوقا على مولاه وعلى غيره في الجملة الا ترى انه في الكتابة يستحق حقوقا على مولاه وان
كان مملوكا فاما غير الرقيق ليس من اهل الطلب والاستحقاق فلم يصلح مقضيا له
فانعدم شرائط القضاء فانعدم القضاء وهذا لان الادمي له ذمة يصلح ان يكون
مستحقا بتلك الذمة لان الاستحقاق وله كالاستحقاق وعليه ثم الاستحقاق وعليه يكون
بالذمة فكذا الاستحقاق وله اما البهائم ليست لها ذمة الاستحقاق وليس للقاضي
ان يقضي بغير خصومة وليس اليه انشاء الخصومة والثاني وهو انه في ترك الانفاق وعلى
المملوك اتلاف ملكه والمولى ممنوع عن اتلاف الرقيق وان كان يقصد عرضا بان لم يرد دفع اداه
عن نفسه وعن الناس القتل ويمنع من قبله اسد المنع فكان ممنوعا عن ترك الانفاق
وان كان له فيه عرض فيجبر عليه اما المولى غير ممنوع عن اتلاف الدابة اذا كان له فيه عرض
الا ترى انه يذبحها فينتفع او بجلدها فلا يمنع من اتلافه بترك الانفاق عليه لان فيه نفعا
بلحم

وعرضا

وعرضا وهو انه لا يزول فعلا النفقة عن ملكه وهو يحتاج اليه عسى الا ترى ان من ذبح
دابته او خرب داره او بستانه لا يمنع منه كذا ان كان بشفقة في ذلك لكن تعالى
له على سبيل الوعظ لا يضيع ماله لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن اضاعة المال وكان
اضاعة المال ترك الانفاق كالاضاعة بالاسراف وغيره من وجوه الاتلاف بل هذا مقابل
بالنفع وهو نفاد النفقة في هلكه اقصى ما في الباب انه يرتكب الحرام لكن ليس كل ما هو
ارتكاب الحرام داخلا تحت ولاية الحجر للقاضي اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل في
يده دابة او ثوب او غيره لكفاء فادعى رجل انه ملكه واقام البينة وسال من القاضي ان
يضعه على يد عدل حتى يزكى الشهود لا يجيبه القاضي الى ذلك لان الاخراج من يده و
والوضع على يد العدل انما كان احتياطا لامر الغرم بحق الشرع واما صيانة
عن التعيب لحق المدعي اذا كان المدعى عليه ممن يخاف عليه فاذا كان ممن لا يخاف عليه انعدم
المعنيان فلا يفعل لكن في الذي هو في يده واحد منه كفيلا بنفسه وبذلك الشيء وهو
تفسير التضمين ويجعل الكفيل نفسه وكيلا بالخصومة يريد به ان طالبت نفس المدعى عليه
على ما ذكرنا في الباب المتقدم ولا يجبر الذي في يده على النفقة بخلاف الرقيق والفرق ما ذكرنا

نفقته م

فان امتنع عن اعطاء الكفيل يحبسه القاضي على ذلك وليس الجبر الحبس لان الحبس نهاية
العقوبة في الخصومات المالية فلا يحبس قبل ظهور الحق لكن تفسير الملازمة وكذا ان
لم يكن له كفيل يأمر المدعي بالملازمة وليس تفسير الملازمة المنع من الذهاب لانه حبس
لكن يذهب المدعي مع المدعى عليه ويدور معه اينما دار كيلا يغيب فاذا انتهى الى باب
داره واراد الدخول يستاذنه المدعي في الدخول فان اذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن
وان لم ياذن له يجلسه على باب داره ويمنعه من الدخول كيلا يختفي وان كان المدعى عليه
امراة لا يحفظها بنفسه لكن يستأجر امراة معه حتى يحفظها وقيل هذا قولهما اما
على قول ابي حنيفة يلازمها بنفسه يتعلق بها ولا يخلو بها بنا على مسئلة التوكيل بغير
رضا الخصم فيلازمه كذلك حتى يعطي كفيلا او يزكي البينة وكما يلازم المدعى عليه يلازم
المدعاة حتى لا يغيبه فان كان الذي في يده مخوفا واتى ان يعطيه كفيلا والمدعي لا يطيق
ملازمته وطلب من القاضي ان يضعه على يد عدل وراى القاضي ان يضعه يقول القاضي للمدعي
انا لا اجبر المدعى عليه على الانفاق ولكن ان شئت وضعناه على يد عدل وكانت النفقة عليك
ولا يرجع بشيء على المدعى عليه من النفقة ان زكيت البينة او لم تزك فان رضي بذلك وضعه
على يد عدل وان لم يرض لا يلازمه لان القضاء بالنفقة غير ممكن لما قلنا بقي الوضع لصيانة

حق المدعي فيمكن ان يقال عليه وهذا لان المقصود من الوضع صيانة حق المدعي ليقضى له به متى
زكيت البينة وهذا المقصود يفوت بالوضع اذا لم ينفق لانه اذا لم يجبر احد على الانفاق
تتلف الدابة فلا يحصل ما هو المقصود للمدعي بالوضع وهو الوصول الى عين الدابة بخلاف الرقيق
ولم يذكر هنا الجبر على الانفاق في الدابة المشتركة وذكر في النفقات دابة بين رجلين امتنع
احدهما من الانفاق عليها وطلب الشريك الاخر من القاضي ان يامره بالنفقة حتى لا يصير متطوعا
فالقاضي يقول للآبي اما ان تبيع نصيبك او تنفق عليها هكذا ذكر الخصاف رحمه الله وفرق بينها
اذا كانت كلها له وبين هذا والفرق ان الدابة اذا كانت كلها له فليس في ترك الانفاق اتلاف
ملك الغير بل فيه اتلاف ملك نفسه وملكه ليس من اهل الاستحقاق واما في المشتركة في ترك الانفاق
اتلاف ملك الغير وصاحبه من اهل الاستحقاق فجاز الجبر وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه
الله في كتاب المزارعة في باب العذر في المزارعة انه لا يجبر على الانفاق ايضا في الدابة
والزرع المشترك وقال كل نفقة يجري الجبر عليها اذا امتنع احد الشريكين من الانفاق وانفق
الاخر بامر القاضي او بامر الآبي فالمنفق يرجع بنصف النفقة على الآبي بالغا ما بلغ سواء
بقي نصيب الآبي سالما او هلك بعد النفقة او لا نحو العبد الصغير اذا كان بين اثنين ولم
يقدر احدهما على الانفاق فانفق الاخر بامر القاضي او بامر صاحبه يرجع المنفق على صاحبه
بحصته مما انفق بكل حال وكل نفقة لا يجبر عليها صاحبه كما في الدابة المشتركة والزرع المشترك
اذا انفق احدهما بامر القاضي لم يرجع المنفق على شريكه فيما زاد على قيمة نصيبه ولا يرجع
بشيء بعد هلاك الدابة او الزرع لانه لم يوجد الالتزام بمباشرة سببه وانما يلزم القاضي ذلك
على سبيل النظر له ومعنى النظر انما يتحقق اذا لم يرد الالتزام على قدر النصيب من الغلة او الدابة
على وجه يبقى ببقائه ولا يطالب بشيء بعد هلاكه فلا يعتبر امر القاضي في هذا القدر بخلاف العبد
لانه لما كان مجبرا على النفقة كان امر القاضي لشريكه بالانفاق وكامره لان القاضي نائب
عنه في ايفاء ما كان مستحقا عليه ودفع الظلم فيرجع عليه بنصيبه عليه بالغا ما بلغ اما
في الزرع والدابة النفقة غير مستحقة عليه وانما يامر القاضي صيانة لماله عليه
نظرا له وفيما لا يجري الجبر اذا انفق احدهما بامر صاحبه يرجع على صاحبه بجميع حصته
من النفقة بقيت الدابة او هلكت لانه ولي الالتزام على نفسه مطلقا والله اعلم

كتاب الخصان

باب ما يكون الرجل فيه خصما

وما لا يكون في اصل الباب مسألة ذكرناها عن عمر ان القضاء على الغائب وللغائب لا يجوز الا اذا كان

عنه

عنه خصم حاضر اما قصدا بالتوكيل او حكما بان كان ما يدعي على الحاضر سببا لا يصح الحكم
به على الحاضر الا بالحكم على الغائب وما يدعي على الغائب سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر
وصفا والانسان ينتصب خصما في اثبات سبب الحق كما ينتصب خصما في اثبات الحق لانه
يحتاج الى اثبات سبب الحق كما يحتاج الى اثبات الحق والمنكر سبب الحق خصم في انكار ذلك
السبب لان المنكر يحتاج الى دفع ذلك السبب كما ان المدعي يحتاج الى اثبات ذلك السبب
لاثبات الحق ثم دعوى المدعي سبب يحتاج في اثباته لذلك السبب لاثبات الحق وكذلك انكار المنكر
صحيح ايضا ضرورة دفع الحق وجرى هذا مجرى المقتضى يثبت في ضمن المقتضي ضرورة صحة
المقتضي لكن يثبت سابقا على المقتضي لان المقتضي لا يثبت ما لم يسبق عليه المقتضى كما في قوله اعتق
عبدك عني على الف درهم وحرف اخر ان الاقرار يرتد برد الشرع كما يرتد برد المقر له ولا يعمل
به بعد ما اتصل به الرد من جهة الشرع كما قلنا في البيع اذا استحق من يد المشتري فانه يرجع
بالثمن على البائع وان صار مقرا عند الشراء بالملك للبائع لكن لما صار اقراره مردودا شرعا
بالاستحقاق بطل اقراره وصار كانه لم يقر اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل قال لاخر
هب لفلان الف درهم من مالك على اني ضامن لها ففعل صح وهو دين للمامور على الامر لان قوله
هب لفلان امر فيجب القول بفساده ما امكن وقد امكن بتقديم ملك الامر وجعل المامور
نائبا عن الامر في الهبة كانه قال ملكت هذا المال ثم كن وكيلا بالهبة من فلان ولو صرح بهذا
او امتثل المامور صح وصار تفسير قوله هب لفلان الف درهم من مالك اي مالك الذي كان
لك قبله وصار لي الان وكانت الاضافة اليه باعتبار ما قبله كان ويصير المامور مقرضا المال
من الامر ووكيلا عن الامر في الهبة وما بقبض الموهوب له عن قبض الامر ولا يحكم القرض
لان القرض لا يتم الا بالقبض ثم عن نفسه بحكم الهبة الا ترى انه لو امر رجلا ان يطعم عنه
عن الكفارة فاطعم جاز ويصير المسكين نائبا عنه في القبض فيصير قابضا له اولا ثم
يصير قابضا لنفسه ويصير المامور مقرضا والامر مستقرضا وانما ادرجنا القرض
دون الهبة وان كان الملك يثبت بالهبة كما يثبت بالقرض لوجهين احدهما انه قال على اني ضامن
فقد طلب ملكا بعوض لا بغير عوض فوجب تقديم العوض تصحيحا للطلبة كما قدمنا البيع
في قوله اعتق عبدك عني على الف لطلب الاعتاق بعوض والثاني انه لا يمكن جعل قوله على اني
ضامن كفالة عن الموهوب له لان قبض الهبة ليس بمضمون فلم يكن الموهوب مضمونا
على الموهوب له والكفالة بما ليس بمضمون على المكفول عنه باطلة الا ترى انه لا يصح الكفالة
بالوديعة والعارية وسائر الامانات ولهذا لو دفع الى صبي محجور عشرة دراهم

وقال انفقها على نفسك فجاء انسان وضمن للدافع عن الصبي هذه العشرة لا يجوز لانه ضمن
بما ليس بمضمون على الاصيل ولو قال ولا ادفع اليه عشرة على اني ضامن لك عنه هذه العشرة يجوز
ويصير الضامن مستقرضا العشرة من الدافع وامرا بالدفع الى الصبي ويثبت قبض عن
قبضه بخلاف ما لو قال هب لفلان الف درهم من مالك ولم يقل على اني ضامن فوهب له
حيث لم يرجع المامور على الامر لان الواهب هو المامور حتى كان حق الرجوع له دون الامر لانه لم يقل
على اني ضامن حتى يدل على الاستقراض ولم يقل عني ليدل على الاستيهاب فكان هذا
امرا له بالهبة من ماله لفلان وهذا بخلاف ما لو قال اقض لفلان على الف فقضاه حيث يرجع
عليه وان لم يقل على اني ضامن ولم يقل عني لان الامر امر ان يشتري ما في ذمته له بما
يعطيه من ماله فكان هذا توكيلا اياه بالشرى والوكيل بالشرى اذا اشترى يرجع بالثمن عليه
وان لم ينص عليه وكذا لو امر ان ينقد عنه الف درهم فلانا فنقدها رجع بها على الامر لان
هذا من الامر استقراض من المامور فانه لا يتصور نقده عنه الا بعد ان يصير المنقود ملكا
له ولا يصير ملكا له الا بالاقراض فكانه استقرض منه الف درهم ووكل صاحب بيده
بان يقبضه ذلك اولا ثم لنفسه ولانه امر ان يملكه ما في ذمته لما قلنا وكذا لو قال ادفع
فلانا الف درهم له علي او ادفع اليه الذي له علي او اعطه الذي له علي واعطه عني الف درهم
او اوفه ماله علي فهذا كله اقرار من الامر بالمال لفلان اما لقوله عني ولقوله اقضه
فان القضاء لا يكون الا بعد الوجوب او بقوله علي لانه كلمة ايجاب او بقوله اوفه عني فان
الايفاء يكون بعد الوجوب ولو قال انقد عني الف درهم على اني ضامن لها او على اني كفيل
بها او على انها لك علي او الي او قبلي فهو سواء واذا نقدها اياه رجع بها على الامر لانه صرح
بالتزام ضمان المنقود له او اتى بلفظ يدل عليه ويستوي ان ينقد الدراهم او ينقد بها
مائة دينار او باعه بها شيئا لان بالبيع يجب الثمن للبايع على المشتري ثم يصير قابضا
الدراهم التي وجبت له عليه كما امر فكان هذا وما لو دفع اليه دراهم في الحكم سواء الا ترى
ان الطالب يصير مستوفيا حقه بهذا الطريق اذا حلف ليستوفين ماله عليك قبل
ان يفارقك فان ادعى المامور انه فعل وانكر الامر واقام المامور البينة على ذلك والموهوب
له غايب قبلت بينته ويقضي على الامر بالمال وانما قبلت البينة على الغايب لانه ادعى على
الغايب سببا لثبوت ما يدعي على الحاضر وضعا لانه يدعي على الحاضر الالف بسبب العوض
الذي ثبت بمقتضى الهبة فكانت الهبة التي ثبت العوض بمقتضاه سببا لثبوت ما يدعي على الحاضر
وضعا فينتصب الحاضر خصما عن الغايب وصار انكار الحاضر كانكار الغايب فقد

قامت

فقد قامت البينة على الغايب وعنه خصم حاضر فيصير الغايب مقضيا عليه بالهبة
حتى لو عاد الغايب وانكر الهبة لا يلتفت الى انكاره وكذلك الصدقة حتى لو قال لاخر
تصدق عني على عشرة مساكين لكل مسكين درهم على اني ضامن لك فاقام المامور البينة
انه قد فعل ذلك وجحد الامر لزمه ذلك ولا يشترط احضار المساكين الذين تصدق عليهم
لما قلنا وانما صح الامر بالدفع الى الفقراء المجهولين لان القابض للصدقة هو الله تعالى
وكذا لو قال ادفع الى فلان الف درهم على ان يرجع علي به رجل قال لاخر لفلان علي الف درهم
فاقضها اياه عني فقال نعم فقضى بينا للمامور على الامر شرط ضمانا او لم يشترط
بخلاف قوله هب عني فلانا الف درهم ولم يقل على اني ضامن والفرق ان المامور بقضاء
الدين مامور بالاقراض من الامر لان قضاء الدين يجب ملكا بدل وهو ما في ذمة المديون
لان الديون تقضى بامثالها بطريق المقاصة والملك بدل ليس الا العوض فصار كانه قال
اقرضني العام كذا وكن وكيلي بقضاء الدين اما الهبة فتمليك بغير بدل فلا يقتضي ضمانا ولا اقراضا
ولان في القضاء امر ان يشتري ما في ذمته فصار كالوكيل بشرى العين بخلاف الهبة وهذا
لان الملك للامر انما يثبت في ضمن ملك القابض فيثبت على الوصف الذي يثبت للقابض
وفي القرض الملك يثبت للقابض بعوض فكذا له بخلاف الهبة فان قال المامور قضيت
وجحد الامر الامر او اقر به ولكنه جحد القضاء والقابض غايب فاقام المامور البينة
على الامر بالقضاء قبلت بينته وقضي على الامر بالمال وعلى الغايب بالقبض لان ما يدعيه
على الغايب سبب لثبوت ما يدعيه على الحاضر فانتصب خصما عنه حتى لو حضر الغايب
وانكر القبض لا يلتفت الى انكاره لانه صار مقضيا عليه بالقبض استشهد محمد رحمه
الله للامر بشرى الدين بالامر بشرى العين فقال لو امر انسانا بان يشتري له عبد غيره
ويسلم الثمن فاقام المامور البينة على الشرى والنقد قضي بالعبد للامر وبالثمن للمامور
على الامر لما ذكرنا ان الحاضر ينتصب خصما عن الغايب ولو وهب رجل لرجل شيا فقال
الموهوب له لرجل عوض عني من مالك على اني ضامن له فعوضه عوضا جاز ورجع عليه
ان كان له مثل وبقيمته ان لم يكن له مثل لان اشتراط الضمان على نفسه يصير مستقرضا
منه بعوض له من ملك نفسه والمستقرض مضمون بالمثل ان كان من ذوات الامثال
وبالقيمة ان لم يكن من ذوات الامثال وجهالة ما يعوضه لا يمنع صحة الامر لانه في اصل التعويض
متبرع في ملك نفسه وتعيينه في ملك نفسه صحيح وانما يرجع عليه بحكم الضمان
والجهالة لا يمنع صحة الضمان اذا كان المضمون له والمضمون عنه معلوما والعوض وان كان

مجهولا الا ان ذلك لا يمنع صحة الاقراض اذا كان عند الاقراض معينا معلوما كما لو كفل عنه
بما غصبه فلانا او بما يغصب فلانا بخلاف ما لو امره ان يعوضه من مال الامر ولم يسم له شيئا
فدفع اليه عوضا من عروض الموهوب له لان ما امره بدفعه مجهول جهالة غير مستدركة
لا يقدر الوكيل على تحصيل مقصود الموكل فكان التوكيل باطلا بمنزلة قوله بع شيئا من مالي
او استبدل شيئا الا ان يقول له عوضه من مالي ما شئت فحينئذ له ان يعوضه ما شاء
لانه فوض الامر الى رايه على العموم ولو امره ان يعوضه من مال نفسه ولم يشترط الضمان
فعوضه لم يرجع على الامر بشيء لان العوض غير مستحق عليه فلا يكون هو مسقطا
عنه بهذا العوض ما هو لازم عليه بخلاف المامور بقضاء الدين ولو قال اد زكوة مالي لا يرجع
عليه الا اذا شرط الضمان وكذا لو قال اطعم عن كفارة يميني والاصل في جنس هذه المسايل
ان في كل موضع يملك المدفوع اليه المال المدفوع مقابلا بملك مال فالمامور يرجع على الامر وان
لم يشترط الضمان وفي كل موضع يملك المدفوع اليه المدفوع غير مقابل بملك مال لا يرجع
المامور على الامر الا بشرط الضمان لان الدافع يملك المدفوع اولا من الامر في ضمن التمليك من
المدفوع اليه حتى يكون ذلك اداء الزكاة من الامر او تعويضا عنه او كفارة عنه فاذا ملكه المدفوع
اليه مقابلا بالملك كان الملك للامر ايضا مقابلا بالملك فرجع عليه المامور لان بدل الملك
يجب على من له الملك اما اذا ملك المدفوع اليه لا مقابلا بالملك فالامر يملكه ايضا لا مقابلا بالملك
فيكون تبرعا فلا يرجع الا بشرط الضمان واذا قال لرجل ادفع الى فلان الف درهم قضاء ولم يقل
عني او قال اقض فلانا الف درهم ولم يقل على انها لك فدفعها المامور فان كان خليطا للامر
يرجع بها عليه والخلطة القايمة دليل ظاهر على انه امره بالقضاء عنه بمنزلة التصريح وتفسير
الخليط هو الذي ياخذ منه ويعطيه ويداينه ويضع عنده المال وجرت العادة ان وكيل الامر
او رسوله يأتيه فيأخذ منه المامور ويقرضه او كان المامور في عيال الامر او الامر في عيال
المامور كالزوج والزوجة والابن البالغ اذا كان يسكن مع ابيه وهذا لان كل واحد من الخليطين
ينوب عن صاحبه في قضاء ما عليه ولان اداه بناء على الخلطة السابقة وتلك الخلطة
تثبت له حق الرجوع بما يؤدي بامره كما يثبت له حق الرجوع عليه بما يؤدي اليه وكذا لو كان شريكا
له وان لم يكن خليطا له ولا شريكا لم يرجع بها عليه في قول ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف
الاول رحمهم الله وانما رجوعه على المدفوع اليه وفي قول ابي يوسف الاخر يرجع على الامر وان
لم يكن خليطا لوجهين احدهما انه امره بالدفع الى غيره ودفعه يترتب على امره في الفصلين فاذا
اعتمد في الاداء امره فلو لم يرجع صار مغرورا من جهته وانه مدفوع كما في الخليطين والثاني

عنى صح

لانه

انه قال اداه دفعها اليه قضاء والقضاء ينبني على الوجوب فاذا لم يكن على المامور شيء واجب
للمدفوع اليه لا يعتبر امر الامر بذلك بل انما يعتبر في قضاء ما هو واجب على الامر فكان
اقرارا بوجوب المال عليه من هذا الوجه وهذا وقوله اقض عني سواء وحجتهما ان قوله
اقضه او ادفعه اليه قضاء كلام محتمل يجوز ان يكون المراد اقضه حاله ملك فيكون هذا منه
امرا بالمعروف ويجوز ان يكون المراد اقضه ماله عليه والمحتمل لا يكون حجة فلا يثبت به
المال على الامر للمدفوع اليه واذا لم يثبت المال عليه لا يكون هذا منه استقراضا ولا امرا
بان يملكه ما في ذمته وطريق الرجوع احد هذين بخلاف ما لو قال قضاء عني وقضاء ماله
علي لانه زال الاحتمال هنا بتصريح الاضافة الى نفسه ولا يجوز ان يعتبر امره بالدفع الى
غيره امرا بالدفع الى نفسه لان قوله ادفع الي لا يثبت له حق الرجوع بهذا الامر بل يقبضه
المال منه وهذا المعنى يوجب ان يكون رجوعه هنا على المدفوع اليه لانه هو القابض للمال
منه دون الامر ولو كان امر بذلك ابنه او اخاه وليس في عياله فهذا والامر للاجنبي
سواء ولو قال ادفع الى فلان الف درهم ولم يقل قضاء فان كان خليطا يرجع اذا ادى
بحكم الخلطة ثم يرجع الامر على القابض ان لم يكن له على الامر شيء وان لم يكن خليطا له فلا
اشكال على قولهما انه لا يرجع على الامر وانما يرجع على القابض واختلفوا على قول ابي يوسف
رحمه الله فقيل قياس الطريقة الاولى يرجع على الامر بمنزلة قوله ادفع الي وعلى قياس الطريقة
الثانية يكون رجوعه على القابض لانه ليس في لفظه ما يدل على ان للقابض يستوفي
حقا واجبا بخلاف قوله ادفعها الى فلان قضاء رجل في يده عبد اقر انه ليس له وانما
هو لفلان الغايب واقام رجل البينة ان فلانا ذلك باعه العبد ونقده الثمن لا يلتفت
الى بينته ولا خصومة بينهما حتى يحضر الغايب لانهما تصادقا ان اليد للغير وانه
امانة في يده على ما ذكرنا في الدعوى ولو قال الذي في يده العبد ليس لفلان واقام المشتري البينة
على ما ادعى فالذي في يده خصم ويقضى للمشتري بالعبد ويكون قضاء على الغايب لانه لما انكر
ملك الغايب فقد انتصب خصما للمدعي بظاهر يده وما يدعي المدعي على الغايب من الشراء
سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر وضعا وهو الملك فانتصب الحاضر خصما عن الغايب
وصار انكاره كانكار الغايب فيكون القضاء عليه قضاء على الغايب حتى لو حضر وانكر
لا يلتفت الى انكاره ولو لم يكن للمدعي بينة وصدقه ذو اليد بما ادعى لم يامر القاضي
بدفع العبد اليه حتى يحضر الغايب لان التصديق لا في حق الغير فيبطل بخلاف ما لو
ادعى انه وكيل الغايب بقبض الدين فصدقه المديون وامتنع القضاء فانه يجبر على

عن هم

الدفع لان اقرار المديون لا في حقه لان الديون تقضى بامثالها ولا ضرر على الغايب في
الحجر على التسليم اليه بخلاف العين وذكر محمد رحمه الله في اماليه انه يصح اقراره بالعبد
ايضا ويومر بالدفع اليه كما في الدين لانه اقر بشيء في يده لغيره فيصح كما قلنا في رجل
في يده دار اقر انه اشترى هذه الدار من فلان الغايب بجار الشفيع فان القاضي يقضي
له عليه بالشفعة فلو حضر الغايب بعد ذلك وانكر البيع فانه ياخذ الدار لذلك هنا
الا ان هذا يخالف ظاهر الرواية فانه ذكر في كتاب الوكالة انه لا يومر بالدفع والفرق
بينهما فقال لو صححنا اقراره وامرناه بالدفع ربما ياخذ ويغيب فاذا حضر الغايب
لا يقدر عليه فيودي الى ابطال حقه بخلاف مسئلة الشفعة لان العقار لا يتصور تغييبه
ونقله من موضع الى موضع فلا يودي الى هذا نظيره اذا كان في يد رجل وديعة فادعى
اخر ان صاحبها وكله بقبضها منه وصدقه المودع وابى ان يسلمه لا يجبر على التسليم
اليه وفي الدين يجبر لما قلنا ه رجل في يده عبد قال الاخر ان هذا العبد لفلان فاشتره
لي منه بالف درهم واتفق مع المامور وقال فعلت واقام البينة على ما ادعى قضيت
بالثمن على الامر وبالعبد له لانه مامور بشري العين والشري فتوكله سبب لثبوت
الثمن في ذمة الموكل وضعا فينتصب خصما في اثبات الشري على الغايب ويكون هذا
قضاء على الغايب على ما ذكرنا ولو لم يقم بينة وصدقه الامر اخذ منه الثمن ويسلم
العبد اليه فان حضر الغايب وانكر البيع اخذ العبد لان تصادقهما ليس بحجة عليه ويرجع
الامر على المامور بما اعطاه من الثمن لانه لم يحصل القضاء على الغايب فان قيل وجب
ان لا يرجع الامر على المامور لان الامر لما صدقه في الشري فقد اقر انه قضى دينه الا ان
البايع ظلمه الامر بالاخذ منه ومن ظلم ليس له ان يظلم غيره قيل له بل الامر اقر
بالشري لكن ابى المشتري ان يسلم للامر العبد بما يجب للمامور عليه فاذا لم يسلم انقض
الشري وبطل الاقرار بالشري الا ترى ان في الاستحقاق المشتري مقر بالملك
للبايع مدع بطلان الاستحقاق والقضاء ومع هذا يرجع بالثمن كذلك هنا وكذلك المامور
بقضاء الدين اذا ادعى القضاء وصدقه الامر وجاء الطالب وانكر القضاء ورجع على المديون
كان له ان يرجع على المامور لانه صار مكذبا شرعا ولو ان الامر صدقه في القضاء ولكن
ابى ان يدفع المال اليه مخافة ان يحضر الغايب وينكر القبض يومر بالتسليم لانه اقر
بقضاء دينه بامره ووجوب الضمان في ذمته وهذا الخوف موهوم فلا يعارض
المتحقق والله اعلم

باب ما يكون الرجل فيه خصما

وما

وما لا يكون من الكفالة والحوالة وغيرهما ه اصل الباب ما ذكرنا ان الحاضر ينتصب خصما
عن الغايب اذا كان ما يدعى على الحاضر سببا لما يدعى على الغايب لا محالة اما اذا لم يكن سببا لا ينتصب
لان الغايب ما انابه والحاضر قصر ولايته عن الغايب بغير انابته لا يكون الا للضرورة
والضرورة انما يتحقق اذا لم يكن اثبات الحكم على الحاضر الا باثبات ما يدعى على الغايب
اما اذا امكن لا ضرورة فلا ينتصب خصما عنه والانسان ينتصب خصما في اثبات سبب
الحق على ما مر والحكم اذا كان له سببان فانما يقضي القاضي بالسبب الذي يدعيه المدعي
لان القضاء في حقوق العباد لا يجوز الا بالدعوى فما ادعاه جاز القضاء به وما لا فلا الا
ترى انه لو ادعى الملك بالشري لا يجوز له القضاء بالهبة وان كان حكمهما واحدا وهو الملك
لكن لما كان المدعى به هو الشري يكون القضاء بغيره باطلا وهذا اذا كان القضاء بالبينة
اما اذا كان بالاقرار يصح فيما يرجع الى المقر ويكون حجة في حق المقر لا غير وان لم يثبت
السبب مطلقا لان الاقرار حجة في حقه بخلاف البينة لانها حجة في حق الناس كافة وحرف
اخر ان الكفالة بامره توجب رجوع الكفيل على الاصيل لانها بمنزلة البيع وضمنه ولهذا قال ابو
حنيفة رحمه الله اذا كفل حال المتبرعا وضمن مال لزم صاحبه والكفالة بغير امره لا يوجب
الرجوع لانه متبرع محض اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل ادعى على اخر انه ضمن له
عن فلان الف درهم له عليه بامره وجحد الكفيل الكفالة فاقام المدعي البينة على ما
ادعى قضي على الكفيل بذلك وكان قضاء على الغايب حتى لو حضر وانكر لا يلتفت الى
انكاره ولا يحتاج المدعي الى اعادة البينة لان المدعي ادعى على الحاضر سببا وهو
الكفالة بامر المكفول عنه فيتعين هذا السبب ولا يمكن القضاء على الحاضر بالدين بسبب
الكفالة بامر المكفول عنه الا بعد القضاء على الغايب بالامر بالكفالة لان سبب الدين على
الكفيل الكفالة بامره فينتصب الحاضر خصما عن الغايب في اثبات الامر ومن ضرورة الامر
صيرورة الامر مقرا بالدين فينتصب الحاضر خصما عن الغايب في اثبات الامر العادله كالثابت
عيانا ولو عاين القاضي الكفالة بامره لم يجز له ان يقضي بالكفالة بغير امر فان قيل وجب
ان يقضي على الحاضر بالدين بالكفالة ولا يقضي بالامر لان غرض المدعي اثبات الدين على الكفيل
بالكفالة والقضاء به ممكن بدون القضاء بالامر الا ترى انه لو ادعى عينا في يد رجل انها
ملكه واقام البينة وادعى صاحب اليد انها وديعة فلان في يده واقام البينة تقبل
بينته على انه يد ايداع لا على اثبات الملك للغايب لان غرضه دفع الخصومة وانه يحصل بالوصول
اليه من يد غيره فيقتصر فيما هو الغرض والمطلوب كذلك هنا قيل له المدعي يدعي الدين بالكفالة

سبب صح

ولو ان الغايب ...

بامر الشهود شهدوا بذلك لانهم عاينوا ذلك وحكمهما مختلف لان احدهما يوجب الرجوع
والاخر لا والقضا بخلاف الدعوى والشهادة غير ممكن فيقضي بالدين بالكفالة بامر حتى يكون القضا
موافقا للدعوى والشهادة بخلاف تلك المسئلة لان ثمه لا يختلف الحكم وهو دفع الخصومه بين
اقامة البينة على الوديعة والملك والقضا بهما وبين اقامة البينة على الوديعة والقضا
بها فان قيل يجب ان لا يسمع الدعوى والشهادة على الامر من الغايب حتى لا يحتاج الى القضا
على الكفالة بامر بسبب حقه على الكفيل كالكفالة بغير امر فاذا غير هذا السبب لا بد
من السماع لانه يدعي حقا قبله لنفسه وهو مضطر فيه فانه اذا جرى بينهما الكفالة
بامر لا يمكنه ان يدعي غير ذلك ومتى سمع قضى بالكفالة بامر وحينئذ ومتى قضى انتصب
الحاضر خصما عن الغايب لما ذكرنا فان قدم الغايب قبل دفع الكفيل المال الى المدعي
انهما شملا ان الغايب اصيل والحاضر كفيل وللمكفول له خيار كما لو كانت الكفالة بامره
معاينة وعلى قول ابن ابي ليلى رحمه الله الكفالة يوجب براة الاصيل كالحوالة لانه لا بد من
وجوب الدين في ذمة الكفيل ومن ضرورته فراغ ذمة الاصيل عنه لان ما ثبت
في محل فما بقي في ذلك المحل يمتنع منه سائر المحال ضرورة واذا ثبت في محل اخر فرغ
منه المحل الاول ضرورة لاستحالة ان يكون الشي الواحد شاغلا للمحلين وقد ثبت الدين
في ذمة الكفيل فمن ضرورته براة ذمة الاصيل ولانه يودي الى ايجاب عشرين مقابلة
عشرة واحدة وانه لا يجوز ولكنا نقول الكفالة مشتقة من الكفيل وهو الضم ومنه قوله
تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقال عليه السلام انا وكافل اليتيم كهاتين اي ضام
اليتيم الى نفسه فمعنى تسمية العقد بالكفالة انه يوجب ضم ذمة الكفيل الى ذمة
الاصيل في حق التوثق لان اختصاص العقد باسم لاختصاصه بموجب هو معنى ذلك
الاسم كاختصاص الصرف باسم كان لاختصاصه بموجب هو معنى ذلك الاسم وهو صرف
ما في يد كل واحد منهما الى يد صاحبه بالقبض في المجلس والسلم اختص باسم لاختصاصه
بموجب هو معنى ذلك الاسم وهو تعجيل احد البدلين بالقبض في المجلس وتاجيل الاخر
فكذلك هنا لما كان معنى الكفالة الضم يجب ان يكون موجب العقد ضم احدى الذمتين
الى الاخرى في حق المطالبة فلو فرغت ذمة الاصيل لا يتحقق الضم وفيه طريقان احدهما
الضم في المطالبة دون اصل الدين بل اصل الدين في ذمة الاصيل بحاله والكفيل
له يصير مطالبا به كالاصيل وكما لا يجوز ان ينفصل المطالبة عن اصل الدين في حق
من له ابتدا حتى يكون المطالبة بالثمن للوكيل بالبيع واصل الثمن للموكل يجوز ان ينفصل المطالبة

المطالبة عن اصل الدين في حق من عليه فيبقى حق المطالبة على الكفيل بعقد الكفالة واصل
الدين في ذمة الاصيل وكذلك ينفصل المطالبة عن اصل الدين سقوطا بالتاجيل وكذا التزاما
بالكفالة والمطالبة مع اصل الدين بمنزلة ملك التصرف مع ملك العين فكما ينفصل ملك
التصرف عن ملك العين في حق المكاتب وملك اليد عن ملك العين في حق المرتهن فكذلك
يجوز ان ينفصل الالتزام المطالبة بالكفالة عن التزام اصل الدين والثاني ان ينضم ذمة
الكفيل الى ذمة الاصيل في ثبوت اصل الدين لان الكفالة لا تواخذ الذمة والتزام المطالبة يبتني
على التزام اصل الدين وليس من ضرورة ثبوت الدين في ذمة الكفيل مع بقايه في ذمة الاصيل
ما يوجب زيادة حق الطالب لانه وان ثبت الدين في ذمتهما فالاستيفا لا يكون الا من احدهما
كالغاصب مع غاصب الغاصب فان كل واحد منهما ضامن للقيمة ولا يكون حق المغصوب منه
الا في قيمة واحدة لانه لا يستوفي الا من احدهما على انه كل اختار تضمين احدهما يوجب
براة الاخر لما فيه من التمليك منه وهنا لا يوجب ما لم يوجد حقيقة الاستيفا لان الكفيل مطالبه صح
لو اوجب براة الاصيل براة الكفيل بطلت الكفالة عن الغاية وهو التوثق
بل فيه ابطال الدين اصلا ومطالبة الاصيل لو اوجب براة الكفيل لا ينعقد الكفالة ايضا
فلهذا يملك مطالبة كل واحد منهما به فان اخذ المال من الاصيل برئا وان اخذ من الكفيل او
كان الكفيل قد ادى قبل حضور الغايب رجع به على المكفول عنه لانه قضى دينه بامره
وقال زفر رحمه الله لا يرجع الكفيل على الاصيل لانه اقر انه لا حق له قبل الغايب حين جحد
الكفالة الا ان الطالب ظلمه فليس له ان يظلم غيره الا انا نقول ان زعم هو كذلك لما ان
القاضي كذبه حيث قضى عليه بالكفالة بامر قضا وتكذيبا شرعا فبطل اقراره كالمشتري
اذا اقر انه اشترى الدار بالف ثم قضى القاضي عليه بقيمة البايع بالفين كان للشفيع ان
ياخذها من المشتري بالفين وان انكر وجوب احد الالفين له على الشفيع ولو لم يقم
البينة على الكفالة بامر وانما اقامها على الكفالة بالف قضى على الكفيل ولم يقض على الغايب
بشي حتى لو حضر الغايب لم يكن للمدعي عليه سبيل الا بعد اعادة البينة عليه لان
الحاضر انما ينتصب خصما عن الغايب اذا كان ما يدعي على الحاضر لا يمكن اثباته الا باثبات
ما يدعي على الغايب وهنا يمكن لانه ادعى الدين على الحاضر بالكفالة بغير امر وذلك
ممكن من غير اثبات الدين على الغايب الا ترى ان من ادعى على حاضر الفا فانكر المدعى
عليه فقال رجل كفلت بما ادعيت عليه صحت الكفالة ويجب الدين على الكفيل وان لم يجب
على المكفول عنه واذا لم يثبت الامر فلو ادى الكفيل لا يرجع على الاصيل وهذا لانه ليس من

من ضرورته اداء الكفيل الرجوع على الاصيل كما لو عاينا الكفالة بغير امره وامره بالكفالة
ولم يضفها الى نفسه بان قال له اكفل لفلان الف درهم فكفل فالمال لازم عليه لمباشرته
سبب الالتزام وهو الكفالة ولا شئ على الامر لانه ما امر بالكفالة عنه وليس من
ضرورة امره اياه بالكفالة وجوب اصل المال عليه لان الكفالة من المباشر كما يجوز
بالمال الذي على الامر لفلان يجوز بالمال الذي على غيره لفلان ويجوز ان يكون الامر رسولا في ذلك
الغير المطلوب اليه او فضوليا منه وبذلك مع الاحتمال لا يثبت المال عليه وقد ذكرنا
في الباب المتقدم اذا امر رجلا ان يضمن لرجل الف درهم وليس بخليط له فضمن
فهي لازمة للكفيل ولا يرجع على الامر واذا ادى فان قال الكفيل لم اضمن لك دينا
كان لك على احد وانما ضمنت لك ما لم يكن لك ولا على غيري لا يلتفت اليه ويؤاخذ
او صح
بالضمان باقراره او ببينة الطالب عليه بالضمان والكفيل هو الذي ضيع حقه حين
كفل على وجه لا يستطيع الرجوع على احد وهذا لان مطلق العقود الشرعية محمولة
على الصحة وقد باشر الكفيل الكفالة ظاهرا ووجه صحتها ان يكون ملتزما للطالب
الباقي صح
بما هو واجب على الاصيل فيصير هو مقرا بذلك ثم هو بالكلام رجع عما اقر فيكون
رجوعه باطلا واقراره وان لم يكن حجة على غيره فهو حجة عليه الا ترى انه لو قال
لفلان على الف درهم وانا كفيل بها او انا كفيل عنه بامره وانكر الاصيل ذلك كله
كان المقر مطالبا بالمال ولا يرجع به على احد ولو كفل رجل عن رجل بالف درهم بامره
ثم غاب الاصيل فادعى الكفيل ان الالف من ثمن خمر فانه ليس بخصم في
ذلك لانه التزم المطالبة بكفالة صحيحة والمال يجب على الكفيل لالتزامه بالكفالة
وان لم يكن واجبا على الاصيل لما قلنا فلم يكن من دعواه ان المال من ثمن خمر ما يسقط
المال عنه فلا يكون خصما وهو مع هذا متناقض لان التزامه بالكفالة اقرار منه
ان الاصيل مطالب بهذا المال والمسلم لا يكون مطالبا بثمن الخمر والدعوى لا تسمع
مع التناقض حتى لو اقام البينة على اقرار الطالب بذلك لا يقبل ولو اراد استحلاف
الطالب ليس له ذلك لان توجه اليمين وقبول البينة ينبني على دعوى صحيحة الا ان
يقر الطالب بذلك فحينئذ هو ما قصد قد صدقه خصمه في ذلك والتصديق من الخصم
صحيح مع كونه متناقضا والكفيل ليس بخصم عن الغايب في هذا الدعوى لان اصل
سبب التزام المال جرى بين المطلوب والطالب والكفيل ليس بخصم في ذلك العقد
وهو يدعي معنى في ذلك حتى اذا اثبت ذلك يترتب عليه خروجه من ان يكون مطالبا ولا

يمكن

يمكن اثبات ذلك بالبينة لانها تقوم للغايب وهو ليس بخصم فلا تقبل كالمشتري
للجارية اذا ادعى انها زوجة فلان الغايب ولو ادعى الكفيل المال وغاب الطالب وحضر
المكفول عنه فقال المال من ثمن خمر واقام بينة لا يقبل على الكفيل ويدفع المال الى
الكفيل لانه التزم المال بامره وادى فيرجع عليه لما بينا انه يدعي سببا في تصرف
جرى بينه وبين غيره والكفيل ليس بخصم عن الغايب فيه ولانه مناقض فانه
امره ان يلتزم المطالبة التي هي متوجهة عليه بجهة الكفالة هذا اذا كانت الكفالة
مقيدة بالف ولو ادعى كفالة مطلقة بان ادعى على آخر انه كفل له عن فلان بكل مال
له قبله ولم يفسر المال بل اطلق وابهم واقام بينة على ذلك وان له على الغايب الف
درهم كانت له قبل الكفالة قضي بها على الكفيل وعلى الاصيل ايضا ويرجع بها على الاصيل
لدا
الكفيل وسواء ادعى الكفالة بامر او بغير امر ومعنى الكفالة المطلقة يستوي بين الامر
وغير الامر في ان يكون القضاء على الكفيل قضاء على الاصيل وفي الكفالة المقيدة
بالمال العين فرق بين الكفالة بامر وبين الكفالة بغير امر والفرق ما ذكرنا ان الحاضر
انما ينتصب خصما عن الغايب اذا لم يمكن اثبات ما يدعي على الحاضر الا باثبات ما
يدعي على الغايب والكفالة اذا كانت مطلقة لا يمكن اثبات ما يدعي على الحاضر الا باثبات
ما يدعي على الغايب سواء ادعى الامر او لم يدع وفي الكفالة المقيدة يمكن اذا لم يدع الامر
ولا يمكن اذا ادعى الامر اما في المقيدة اذا لم يدع الامر لانه يدعي الالف عليه بسبب
الكفالة وقول الكفيل كفلت لك عن فلان بالالف الذي لك عليه اقرار من الكفيل بوجوب
المال عليه وهذا يلغي لصحة القضاء بالدين على الكفيل الا ترى انه لو قال اشهدوا اني
قد ضمنت لهذا بالالف درهم التي له على فلان ثم ان الذي عليه الاصل اقام البينة انه كان
قد قضاها قبل ان يضمنها له قال يبرأ الذي عليه الاصيل منها ولا يبرأ الكفيل لان ذلك
اقرار من الكفيل بالمال ولكنه اذا اقام البينة انه قضاها اياه بعد الكفالة برئ منها الكفيل
لان الشهادة الاولى حجة للاصيل دون الكفيل لان الكفيل لما اعترف بوجوب الضمان
على الاصيل فقد كذب الشهود فلم يكن حجة في حقه الا ترى انه لو اقام بنفسه
لا يقبل لما قلنا من التناقض اما اذا اقام البينة انه قضاها بعد الكفالة يكون حجة
في حقهما لان الكفيل انما اقر به في حال ما كان الوجوب ثابتا على الاصيل فاذا شهدوا
ببراءة ذمة الاصيل برئت ذمة الكفيل واما اذا ادعى الامر لانه ادعى عليه الدين بالكفالة
بامر ولا يمكن اثبات ذلك الا باثبات الامر ومن ضرورة ثبوت الامر ثبوت الدين

اما في الكفالة المطلقة وهو قوله كفلت لك بكل مال لك عليه لان قوله كفلت لك بكل مال
لك عليه ليس باقرار من الكفيل بوجوب شيء عليه لانه لم تقدر بشيء معلوم فصار تقديره
كفلت لك بكل مال لك عليه ان كان لك عليه شيء وكانت الكفالة معلقة بوجوب المال
على الاصيل فما لم يثبت القضاء على الاصيل لا يثبت الوجوب عليه وما لم يثبت الوجوب
عليه لم يوجد شرط صحة الكفالة فلا يثبت الكفالة واذا ثبت انه لا يمكن اثبات الدين
على الاصيل في الكفالة المطلقة ادعى الامر او لم يدع الا باثبات الدين على الاصيل
انتصب الحاضر خصما عن الغايب في حق اثبات الدين على الغايب وهذا لانه اذا كفل
بمال معلوم امكن القضاء عليه بدون القضاء على الاصيل لانه معلوم وموصوف بذاته واذا
كفل بمال مجهول لا يصح ما لم يكن على الاصيل لان المجهول يحتاج الى التعريف والتعريف انما
يحصل بما كان على الاصيل فيصير كانه قال كان لك على فلان من مال فانا له بحال عبدي
الذي في الدار حر ان كان في الدار عبد يعتق والا فلا ولو قال سالم عبدي الذي في
الدار حر يعتق سواء كان في الدار او لم يكن لان في الفصل الاول العبد مجهول فاحتاج
الى التعريف بكونه في الدار وفي الفصل الثاني معروف بذاته فلا يحتاج الى التعريف
بكونه في الدار وهذا ذكرنا له في الايمان ان الوصف في الغايب المجهول معتبر ويصير
شرطا كما في قوله المراة التي تزوجها طالق وفي المعرف لغو كما في قوله هذه المراة التي
اتزوجها طالق وهذه المسئلة وهي الكفالة المطلقة مما يحتال بها في اثبات الدين على الغايب
اذا خاف الطالب موت الشهود وغيبتهم قبل رجوع المطلوب يتواضع مع رجل ويدعي
عليه مثل هذه الكفالة فيقر بالكفالة وينكر وجوب المال على الاصيل او ينكر الكل فيقيم
الطالب البينة على الدين او عليهما فيقضى به على الكفيل والاصيل الغايب
ثم في الكفالة المطلقة ان ادعى الكفالة بامره وادى الكفيل المال يرجع بما ادى على الاصيل
لانه لما ادعى الكفالة بامره لا يصح القضاء الا بما ادعى على ما ذكرنا وقد قضى حينئذ بامره
فيرجع عليه وان ادعى الكفالة بغير امره وادى الكفيل لا يرجع الكفيل على الاصيل لانه
قضى حينئذ بغير امره فكان متبرعا وكذا لو شهدوا على الحوالة فهو بمنزلة ما ذكرنا في
الكفالة ان شهدوا بالحوالة المطلقة تكون قضاء على الحاضر والغايب ادعى الامر او لم
يدع وان شهدوا بالحوالة المقيدة ان ادعى الامر يكون قضاء على الحاضر والغايب واذا
ادى يرجع وان لم يدع الامر يكون قضاء على الحاضر خاصة ولا يرجع اذا ادى والكلام
فيه اظهر لان المطلوب وهو المحيل لو كان حاضرا لم يكن للطالب ان يخاصمه لان الحوالة

يوجب

يوجب براءة المحيل فكانت غيبته وحضرته سواء في مطالبة المحتال عليه وهذا قول
علمائنا الثلثة رحمهم الله وعند زفر والقاسم بن معن رحمهما الله الحوالة غير مبرئة
كالكفالة وله ان يطالبهما لان المقصود بها التوثق بحق الطالب وذلك في ان يزداد
المطالبة لا ان يسقط ما كان له من المطالبة ولهذا لو مات المحتال عليه مفلسا يعود
الدين الى ذمة المحيل ولو برئ ذمته لما عاد لان الساقط لا يحتمل العود ولنا
قوله عليه السلام من احيل على ملئ فليتبع شرط الملاءة ولو كان الدين على المحيل لما كان
لم يكن لاشتراط الملاءة معنى وفايدة وقد ذكرنا ان اختصاص العقد باسم لاختصاصه
يوجب ذلك الاسم والحوالة مشتقة من النقل والتحويل ومنه الحوالة في الغراس بالنقل
من موضع الى موضع فكان موجبها نقل الدين والشيء اذا انتقل من مكان لا يبقى في ذلك المكان
فلا يتحقق الحوالة مع بقاء الدين في ذمة الاصيل اما الكفالة فهي عن الضم وانه لا يتحقق
الا مع بقاء الاول ولهذا يقال في العرف لي على فلان الف وفلان كفيل بها ولا يقال لي على
فلان الف وفلان حويل بها كما لا يقال لي في موضع كذا حنطة وقد حولتها الى موضع كذا
وانما يعود الملك الى المحيل اذا مات مفلسا لانه لم يرض بالحوالة الا بشرط السلامة
فاذا لم يسلم يفوت الرضى فلا يلزم العقد وغير اللازم قابل للفسخ فاذا فسخ
جعل كان لم يكن كما لو باعه المديون عبدا بدينه برئ عن الدين فان مات العبد قبل
التسليم يعود الدين قال محمد رحمه الله ارايت لو احال المديون على رجل على ان المحيل
برئ الا كان يبرأ المحيل فان قلتم برئ فالصحيح ما قلنا انه يجوز ان يبرأ ثم يعود الدين بموته
مفلسا وان قلتم لا يبرأ فهو محال لان الحوالة كانت بهذا الشرط فاذا لم يصح الشرط
وجب ان لا يجب المال على المحتال عليه لانه لم يلتزم الا بشرط فراغ ذمة المحيل هذا
اذا كانت الخصومة في الحوالة والكفالة بين الطالب والكفيل والمحتال عليه اما اذا كانت
بين الكفيل والمكفول عنه بان قال الكفيل للمكفول عنه كفلت عنك بما لفلان عليك
بامرك واديت ولي الرجوع عليك او قال المحتال عليه للمحيل احلت عنك بامرك واديت
ولي الرجوع عليك فجحد ان يكون امره بالكفالة او الحوالة او ان يكون لفلان الطالب
عليه شيء فاقام الكفيل البينة ان لفلان على فلان الف درهم وان فلانا هذا قد امره
فضمنها لفلان بامره وانه قد اداها الى فلان فان القاضي يقبل ذلك منه ويقضي له بالمال
على المكفول عنه لانه يدعي لنفسه عليه مالا بسبب وهو لا يتوصل الى اثبات ذلك الا باثبات
سبب بينه وبين الغايب وهو اداء المال اليه فانتصب الحاضر خصما عن الغايب لكن

ادعى عينا في يد انسان انه لو اشتريه من فلان الغايب واقام البينة فان القاضي يقبله
على هذا الطريق حتى اذا احضر الغايب وجحد ان يكون باعه لم يكلف المدعي اعادة البينة
كذلك هنا اذا احضر المكفول له وجحد السبب من الكفيل لم يكلف الكفيل اعادة البينة وهذا
لان الاسباب مطلوبة لاحكامها ممن يكون خصما في اثبات الحكم عليه يكون خصما في اثبات
سبب الحكم عليه ورجوع الكفيل على الاصيل لا يكون الا بامره اياه بالكفالة وادائه
الى الطالب بعد الكفالة فكما يكون المكفول عنه خصما للكفيل في اثبات الامر عليه يكون خصما
في اثبات الاداء الى الطالب بعد القضاء بالبينة على الخصم الحاضر يكون نافذا عليه وعلى الغايب
وذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله ان الرجل اذا غاب عن امراته فاتاها رجل
واخبرها ان زوجها قد ابانها ووكله ان يزوجها منه ويضمن المهر ففعلت ذلك ثم حضر
الزوج وانكر ان يكون طلقها وان يكون امر هذا الرجل بشيء فان القول قوله وليس للمراة
على الكفيل شيء في قول ابي يوسف رحمه الله لان الطلاق لما لم يثبت كان العقد الثاني باطلا
والكفالة المبنية عليه كذلك بمنزلة احد الورثة اذا اقر بمعروف النسب انه اخوه لم
يشاركه في الميراث وفي قول زفر رحمه الله يرجع على الكفيل بالمال لان الكفيل مقر بصحة العقد الثاني
ووجوب المال عليه بسبب الكفالة واقراره حجة عليه فلو اقام الكفيل البينة على الزوج
بما ادعى من الطلاق وتوكيله اياه بالعقد الثاني والكفالة قبلت بينته وكان لها ان
ترجع بالمال على الكفيل ثم يرجع الكفيل على الزوج وان شاءت رجعت على الزوج
للمعنى الذي قلنا ان الكفيل لا يتمكن من الرجوع على الزوج الا باثبات هذه الاشياء عليه
فصار خصما في اثباتها لذلك ٥ والله اعلم بالصواب

باب الرجل يقول للغير ما بايعت

فلانا او اقرضته او ما ذاب لك عليه فهو علي اصل الباب ما ذكرنا ان الحاضر متى
ينتصب خصما عن الغايب ومتى لا ينتصب وجه كون الحاضر ممن يلزمه اقراره قبلت البينة
عليه ومن لا يلزمه فلا وجه كون القضاء يثبت ملكا مقتصرا لان الاصل في الحوادث
اضافتها الى اقرب الاوقات ولا يدري انه هل كان بسببه سابقا ام لا الا اذا كان
الدعوى مع السبب فحينئذ يستند الى وقت السبب وجه ذلك ان من التزم شيئا موصوفا
بصفة لا يلزمه الا بوجود تلك الوصف لان المضمون لا يعرف الا بالوصف فما لم يوجد الوصف
الذي وصفه الكفالة لا يلزمه شيء لانه غير ما التزم وجه كون الكفالة بالمال مضافا
الى سبب وجوبه يجوز عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو قول ابن ابي ليلى رحمه الله لانه

التزم

التزام المال بالعقد فلا يحتمل الاضافة كالالتزام بالشرى ولان الاضافة الى وقت في معنى
التعليق بالشرط والتزام المال بالكفالة لا يحتمل التعليق بالشرط والتزام المال
بالكفالة كما لو علقه بدخول الدار او كلام زيد او مجيء المطر وحجتنا ان عندكم لو اضاف
الكفالة الى موت المطلوب كان صحيحا ولو اضاف ذلك الى موت غيره لا يصح ولا فرق بين
الموتين فان كل واحد منهما كائن غير موجود في الحال ولانه التزام المال بعقد يعتمد تمام
الرضى مع الجهالة المتفاحشة لا يصح التزامه بمنزلة الالتزام بسائر المعاوضات
وبيان الجهالة المتفاحشة انه مجهول جهالة الجنس والقدر والصفة ولا جهالة ابلغ من
هذا ثم جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة بهذه الصفة بان يقول ما بايعت احدا
من الناس او ما غصبك احد من الناس فكذلك جهالة المكفول به بل اولى لان الملتزم
بالعقد المكفول به وحجتنا قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم فهذا المنادي
اضاف الالتزام بالكفالة الى سبب وجوب المال وهو المجيء بصواع الملك وانما نادى بامر
يوسف عليه السلام وما اخبر الله تعالى عن شريعة من قبلنا فهو باق في شريعتنا
حتى يقوم دليل النسخ وعن ان الشافعي رحمه الله يقول هذا بيان الجعالة لمن ياتي به
وعدة منه لمن يخاطب جماعة وقال من جاء به منكم فله عشرة كان هذا
صحيحا لكنا نقول استدلالنا بعامة المنادي بقوله وانا به زعيم ولا حاجة بنا
الى معرفة طريق وجوب ذلك المال فان الجعالة تستحق على من وقع له العمل فاما الوجوب
على الكفيل بسبب الكفالة الا انه يقول لم يكن هذا كفالة على الحقيقة فان المكفول له
مجهول وانه يمنع صحة الكفالة والمعنى فيه ان التزام المال بالكفالة نظير التزام
المال بالاقرار من حيث انه التزام لا بمقابلة التزام على من يلتزم له وجهالة المقر به لا تمنع
صحة الاقرار فكذلك فيما بالكفالة وجواز الكفالة في الاصل لحاجة الناس والحاجة
ماسة الى اضافة الكفالة الى سبب وجوب المال ولهذا جوز العلماء رحمهم الله الكفالة
بالدرك وهو مضاف الى سبب الوجوب بالاستحقاق وكذا لو قال كفلت لك
بما اصابك من هذه الشجة التي شجك فلان وهو خطأ كان جائزا بلغت النفس او لم
يبلغ وان كان مضافا الى وقت البرء او الموت لان الوجوب انما يتقرر عنده ويتبين
الواجب به ثم مقدار ما يلزمه مجهول وكذا مقدار ما يلزمه بالدرك مجهول فعلم ان مثل
هذه الاضافة والجهالة لا يمنع صحتها وهذا لان الجهالة غير مانعة لعينها بل لافضائها
الى المنازعة الا ترى ان بيع قفيز من صبرة يجوز وان كان مجهولا لعدم افضائه الى

المنازعة وكذا بيع احد العبدين مع اشتراط خيار التعيين وبيان ثمن كل واحد منهما جائز
مع جهالة المبيع وما يلزمه من الثمن لعدم الافضاء الى المنازعة مع تعيين من له الخيار
وهنا لا يفضي الى المنازعة لان الطالب لا يطالب الكفيل الا بما ثبت له على الاصيل ولا يمكن
المنازعة بعدما ثبت له الحق على الاصيل بالحجة او بعدما قضى القاضي له بحق عليه
وهذا لان الكفالة مبنية على التوسع الا ترى انه لو قال على ما لك عليه ولم يسم كم هو
جاز ولا يجوز ان يمتنع صحتها لمعنى الخطر فانه موجود في كل كفالة اذ لا يدري ان الطالب
يطالب الاصيل او الكفيل والفرق بين الموتين ان موت المطلوب يجوز ان يكون سببا
لتوجه المطالبة بالمال عليه بان يكون وارثه فلهذا يصح اضافة الكفالة اليه وموت غيره
لا يكون سببا لتوجه المطالبة بالمال عليه بان يكون وارثه فلهذا يصح اضافة الكفالة اليه
وموت غيره لا يكون سببا لذلك فلا يصح اضافة الكفالة اليه ولان موت المديون
سبب لوجوب المال لانه يحل به الدين اما موت غيره لا يوجب المال على المديون وكذلك
كلام زيد او دخول الدار فانه ليس بسبب لوجوب المال بحال فيتمحض ذلك تعليقا بالشرط
ولا يكون التزاما فاما هنا التزام الاضافة الالتزام الى ما هو سبب لوجوب المال وهو
المبايعة والذوب والقضاء فيكون التزاما صحيحا ولهذا قلنا ان تعليق الكفالة
بمضي الوقت يجوز لان مضي الوقت يجوز ان يكون سببا لوجوب المال بان كان الدين مؤجلا
الى مضي الوقت اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل قال لآخر اضمن لفلان عني ما ذاب [margin: ساقضي له به علي]
له او ما لزمني ففعل وغاب المكفول عنه فاقام المكفول له بينة ان له على فلان الغائب فليس
الكفيل خصما حتى يحضر الغائب لان ما ادعى ما كفل به لانه انما كفل بدين موصوف
بصفة وهو ما يقضى به له على المكفول عنه بعد الكفالة او يلزمه باقراره او بينة قامت
عليه ولم تقبل الوكالة عن الغائب في الخصومة فلا ينتصب خصما عنه لان ما يدعى على الغائب
ليس بسبب ما يدعى على الحاضر اذا لم يصر خصما ولم يثبت له عليه شيء لا يثبت على المكفول
عنه شيء الا ترى ان الكفيل لو اقر بذلك الدين لا يؤخذ منه لانه لم يكفل به فكيف تقبل
البينة عليه بشيء لو اقر به لا يؤخذ منه بخلاف ما اذا كفل عن رجل بكل ما له ثم ادعى الطالب [margin: عليه]
على الكفيل ان له على المطلوب مائة دينار حيث تقبل لانه كفل بكل ما له عليه فاما [margin: حصامم]
مال يثبت على المكفول عنه الا ويصير الكفيل كفيلا به فينتصب وهنا انما كفل بمال موصوف
فما لم يثبت الوصف لا يتحقق الكفالة ولانه كفل بما له عليه في الحال وقد ادعى عليه الدين
في الحال وهنا انما كفل بدين في المستانف ولم يثبت ذلك وكذا هذا في الذوب والملزوم

لان

لان الذوب في لسان اهل الكوفة هو القضاء ويتحقق الوجوب وكذا لو اقر الكفيل
ان له على الغائب الفا او قال علمت ان له على الغائب الفا لكن لا ادري شيء لزمه لم
يجبر على الاداء لعدم ثبوت الوصف الذي قيد الكفالة به ولو اقام المكفول له البينة
على ان يوجب له بعد الكفالة او اقام البينة انه كان له عليه دين قبل الكفالة وانه [margin: عليه]
تقدمه بعد الكفالة الى قاضي الكوفة وهو فلان بن فلان واقمت عليه البينة بالف درهم كانت
لي عليه قبل الكفالة وقضي بها واقام على ذلك بينة على الكفيل يقضي بالمال على الكفيل [margin: الان هو]
والمكفول عنه لانه يدعي الوصف الذي قيد الكفالة به ولا يمكنه اثباته على الكفيل
الا بثبوته على المكفول عنه فكان الاثبات على الاصيل سببا لثبوته على الكفيل فانتصب
الكفيل خصما عن الغائب الا ترى ان الكفيل لو اقر به يصح اقراره وبواحدة فكذا اذا انكر
بخلاف الاول وفي هذا الكفالة بامره وبغير امره سواء لما قلنا في الباب المتقدم الا انها
متى كانت بامره يرجع ومتى كانت بغير امره لا يرجع ولو ان المكفول له هو الذي غاب ودفعت
الخصومة بين الكفيل والمكفول عنه فاقام الكفيل بينة على المكفول عنه انه كفل
عنه لفلان ما ذاب له عليك بامرك وقد ذاب واديت وانكر المكفول عنه جميع ذلك
او اقر بالذوب وانكر الاداء وتقبل بينته عليه ويقضي له على المكفول عنه ويقبض
المكفول به حتى لو حضر وانكر لا يلتفت الى انكاره لما قلنا واذا قال الرجل ما ذاب
لك على فلان فهو علي ورضي بذلك الطالب فقال المطلوب لك علي الف درهم وقال الطالب
لي عليك الفان وقال الكفيل ما لك عليه شيء فالقول قول المطلوب لان الطالب يدعي عليه
الزيادة وهو ينكر ثم ما اقر به المطلوب يكون لازما على الكفيل لان القاضي يقضي
عليه باقراره فيتحقق الذوب في هذا القدر بقضاء القاضي كما يتحقق ان لو قامت
البينة فيكون ذلك لازما على الكفيل فان قيل في هذا الزام المال على الكفيل بقول المطلوب
وقوله ليس بحجة عليه قلنا ليس كذلك بل فيه ايجاب المال عليه بكفالته لانه
لما قيد الكفالة بالذوب مع علمه ان الذوب قد يحصل عليه باقراره فقد صار ملتزما
ذلك بكفالته وكذلك لو قال ما اقر لك به فلان من شيء فهو علي وما صار لك عليه فهو علي
وهذا كله استحسان وفي القياس لا يجب على الكفيل شيء اذا انكر الوجوب على المطلوب
ما لم يقم البينة بذلك لما ذكرنا ان اقراره حجة في حقه خاصة فالثابت باقراره ثابت
في حقه دون غيره ولهذا لو قال ما لك عليه فهو علي لم يلزم الكفيل شيء باقرار المطلوب
لكنا تركنا القياس لتنصيص الكفيل في الكفالة على ما يقر به المطلوب على ما يذوب

عليه مطلقا من غير تقييد الذوب بشيء بخلاف قوله ما لك عليه لانه تكفل بما هو واجب عليه
وقت الكفالة وبالاقرار بعد ذلك ثبت الوجوب عليه لكن لم يتبين في حق الكفيل انه كان
واجبا وقت الكفالة لان الاقرار اخبار في حق المقر لكن في حق الغير جعل انشاء بمنزلة اقرار
المريض في حق غرماء الصحة بخلاف ما سبق لانه انما تكفل بما يقر به في المستقبل
او بما يلزمه في المستقبل وذلك يثبت باقراره حتى لو قال ما كان اقر به لك فلان امس فهو
علي فقال المطلوب قد كنت اقررت له امس بالف درهم وجحد الكفيل ذلك فلا شيء على الكفيل
لانه كفل بمال سبق الاقرار به من المطلوب على الكفالة ولا يتبين ذلك باقراره بعد الكفالة
في حق الكفيل لانه متهم في ذلك الا ان يقوم البينة على اقراره بذلك امس فحينئذ الثابت
بالبينة كالثابت معاينة ولو قال ما قضى لك به عليه فهو علي ثم اقر لا يلزم الكفيل
حتى يقضى على المطلوب باقراره لانه كفل بمال يقضى به فما لم يصر المال مقضيا به على
المطلوب لا يتقرر الوصف الذي قيد الكفالة به بالف درهم لم يلزم الكفيل الا ان يقر بها
بعد الكفالة لان هذا اللفظ انما يتناول ما يكون منه في المستقبل لا ما كان في
الماضي وما قضى به القاضي على المطلوب بنكوله عن اليمين لم يلزم الكفيل لانه بدل عند
ابي حنيفة رحمه الله وعندهما هو قائم مقام الاقرار الضرورة فصل الخصومة وذلك في حق
الخصمين دون الكفيل فاذا لم يكن بمنزلة الاقرار في حق الكفيل لا يلزمه شيء ولو قال
لاخر اضمن لفلان عن فلان ما يبيعه او اضمن له ما اقرضه او ما اداه ففعل وغاب
المكفول عنه فاقام المكفول له البينة انه باع فلانا عبدا يسمى كذا بالف بعد الكفالة
ودفعه اليه او انه اقرضه الفا فانه يقضي القاضي على الكفيل والاصيل جميعا لان
الضمان منعقد بصفة وهو البيع والقرض ولا يمكن القضاء على الكفيل الا بالقضاء على الغائب
فانتصب الحاضر خصما عن الغائب وفي هذا الكفالة بامره وبغير امره سواء الا ان في
الامر يرجع وفي غير الامر لا يرجع على ما ذكرنا ولو غاب المكفول له ووقعت الخصومة
بين الكفيل والمكفول عنه فاقام الكفيل بينة على المكفول عنه ان المكفول له اداه
الفا وانه قضاها عنه وكانت الكفالة بامره والمكفول عنه يجحد ذلك كله او يقر
بالدين يجعل القاضي القضاء للكفيل بالمال على المكفول عنه وكان قضاء على الغائب
بعضه لما ذكرنا غير مرة واذا قال الرجل بايع فلانا فما بايعته من شيء فهو علي فهو
جائز لاضافة الكفالة الى سبب الوجوب على ما ذكرنا ويستوي ان وقت لذلك
وقتا او لم يوقت يعين نوعا من السلعة او لا الا ان في الوقت يراعي وجود المبايعة

في ذلك الوقت حتى اذا قال ان بايعته اليوم فبايعه غدا لا يجب على الكفيل شيء لان
هذا التقييد مفيد لحق الكفيل لكن اذا كرر مبايعته في اليوم فذلك كله على الكفيل
لان حرف ما يوجب العموم واذا لم يوقت فهو على العموم ما بايعه مرة بعد مرة
فذلك على الكفيل ما لم يخرج نفسه عن الكفالة ويستوي ان بايعه بالنقود او بغيرها
لانه قال ما بايعته من شيء وهو يعم كل ذلك فان قال الطالب بعته متاعا بالف درهم
وقبضه ثم اقر به المطلوب وجحد الكفيل ففي القياس لا شيء على الكفيل حتى
يقوم البينة انه باعه بعد الكفالة وروى اسد بن عمرو عن ابي حنيفة رحمهما الله انه اخذ
بالقياس ووجهه ان وجوب المال على الكفيل باسباب مبايعته بعد الكفالة وذلك
لا يظهر في حقه باقرار المطلوب لان قوله حجة عليه لا على الكفيل ولو انكر المطلوب
والكفيل لم يكن على واحد منهما فاذا اقر به المطلوب لزمه دون الكفيل لان الثبوت
بحسب الحجة واذا قامت البينة لزمهما لكنه استحسن فقال الكفيل ضامن لان المطلوب
مع الطالب تصادقا على المبايعة في حال يملكان انشاءها فانهما لو انشا المبايعة لزم
الكفيل ومن اقر بما يملك انشاءه يقبل قوله في حق الغير لانتفاء التهمة بمنزلة الوكيل قبل
العزل اذا اقر بالبيع والمطلق قبل انقضاء العدة والمولى قبل مضي المدة اذا اقر بالرجعة
والفيء وهذا لانهما ان كانا صادقين فقد تحقق السبب في حق الكفيل وان كانا كاذبين
فتصادقهما بمنزلة الانشاء الا ترى انه لو كان قال ما لزمه لك من شيء فانا ضامن به
لزمه ما اقر به المكفول عنه بهذا الطريق وعلى هذا لو قال بعه ما بينك وبين الف درهم
وما بايعته من شيء فهو علي الى الف درهم فباعه متاعا بخمسمائة درهم ثم باعه حنطة
بخمسمائة لزمه المالان فان باعه بعد ذلك شيئا لا يلزمه لانه ما كفل الا بمقدار الالف
ولو قال اذا بعته شيئا فهو علي لزم الكفيل الاول دون الثاني لان اذا لا يقتضي التعميم
ولا التكرار فانما تناول مرة واحدة بخلاف ما لو قال كلما بعته ولو قال نعم ولم يزد
على هذا فباعه لم يلزم الامر لانه مستفسر ليس بضامن ولو قال متى بعته شيئا فانا
ضامن لثمنه او ان بعته بيعا فباعه في صفقتين كل صفقة بخمسمائة لزمه الاول
لان ان للشرط ومتى للوقت بمنزلة اذا وليس فيه ما يقتضي التكرار ولو قال ما بعته
من رطب فهو علي بالعدد فباعه ثوبا يهوديا او حنطة لم يلزمه شيء لتقيده بالرطب
ولو قال ما اقرضته فعلي او ما بعته فعلي تقيد به ولو قال ما داينته اليوم من

شئ فهو على الزيد القوم وثمن البيع لان اسم المداينة يتناول الكل فانه عبارة عن سبب
وجوب الدين الا ترى ان الامر بالكفالة والشهود جا باسم المداينة وعم الكل ولو
قال من بايع فلانا اليوم بيعا فهو على فبايعه غيره واحدا لم يلزم الكفيل شئ لان المكفول
له مجهول والجهالة تمنع صحة الكفالة بمنزلة جهالة المقر له ولو قال لقوم خاص ما بايعتموه
انتم وغيركم فهو على كان عليه ما بايع اوليك القوم ولا يلزمه ما بايع غيرهم لان في
حقهم المكفول له معلوم فصحت وفي حق غيرهم مجهول فلا يصح ولكن ضم المجهول
الى المعلوم لا يمنع صحة الكفالة في حق المعلوم لانها يلزمه لو اجد بالكفالة منفصل
عما يلتزم للاخر ولو قال ما بايعت فلانا من شئ فهو على فاسلم اليه دراهم في طعام
او باعه شعيرا بزيت لزم ذلك الكفيل لانه قد باعه فان السلم نوع بيع ولهذا قال
ابو حنيفة رحمه الله اذا وكله ببيع ثوب فاسلمه في طعام جاز على الموكل وعندهما لا يجوز
لا لان السلم غير البيع بل لان التوكيل بالبيع ينصرف الى البيع بالنقود ولو جحد الكفيل
والمكفول عنه البيع فاقام البينة على احدهما يصير الاخر مقضيا عليه لما ذكرنا
واستشهد محمد رحمه الله في الكتاب بمسايل اراد بها الاحتجاج على بشر رحمه الله ان
القضاء على الغايب يجوز اذا كان متصلا بالحق الحاضر وعنده لا يجوز فقال الا ترى انه لو قذف
رجلا فادعى المقذوف حد القذف وادعى القاذف انه عبد فلان فاقام المقذوف
البينة ان فلانا اعتقه قضي بعتقه وبالحد على القاذف وان كان المولى غايبا لان المقذوف
لا يمكنه اثبات الحد على الحاضر الا بالقضاء بالعتق على الغايب قال في الاصل لو ان قايلا
قال لا اقضي بالعتق على الغايب حتى يحضر ينبغي ان لا يقضي بالحد
ايضا فان قال لا يقضي القضاء كان باطلا لان في ذلك ابطال حقوق المسلمين
وكذلك اذا قال لاخر يا ابن الزانية حتى صار قاذفا لامه وامه ميتة
وادعى القاذف ان امه امة لفلان واقام الابن بينة ان امه فلانة بنت
فلان القرشية حد القاذف وان كان فيه قضاء بالنسب على الغايب وكذلك
رجل مات وترك ميراثا واقام رجل البينة انه ابن عمه فلان بن فلان الفلاني
حتى يجتمعا على اب واحد وانه وارثه لا يعلمون له وارثا غيره قضي له بالنسب
والميراث وان لم يحضر اباهما ولا وكلاهما وان كان فيه قضاء بالنسب على الغايب
وكذلك رجل مات فاقام رجل البينة ان اباه وامه كانا مملوكين له فاعتقهما

ثم ولد لهما هذا الولد وهو مولاه ووارثه وعصبته لا يعلمون له وارثا غيره
قضي بولايه ويدفع الميراث اليه وقضي بولاء ابيه وامه واخوته المولودين بعد
ذلك العتق وان كان فيه قضاء على الغايب وكذلك عبد ماذون له عليه دين
فقال رجل لصاحب الدين انا ضامن لما لك عليه ان اعتقه مولاه وقد كان احد
صاحب المال العبد مخافة ان يعتقه المولى ولا يقدر على بيعه بحق صاحب المال
في سلعة ثم اقام صاحب المال البينة ان المولى اعتقه وان له عليه من المال كذا
وكذا والمولى والعبد غايبان فانه يقضي بالعتق على المولى وان كان غايبا ويلزم
المولى قيمة العبد لصاحب الدين بالعتق ويضمن الكفيل المال ايضا لانه لا يمكنه
ان يلزم الكفيل المال الا بعد اثبات العتق على المولى فان حضر المولى وانكر
العتق لا يلتفت الى انكاره ويعتق العبد ولا يعاد عليه البينة وقد ناظر محمد رحمه
الله من خالفه وقد كان بعض العلماء رحمهم الله يا في انتصاب الحاضر خصما عن الغايب
في هذه المسايل كلها ولا يقضي على الحاضر بشي ما لم يحضر الغايب وهو القياس
الظاهر الا انا نقول بان عامة الخصومات يتصل طرف منها بالغايب فلو لم يجعل
الحاضر خصما ادى الى ابطال حقوق الناس والله اعلم

باب الابواب المتفرقة

من الشفعة التي احق من الهبة اصلا الباب ان الخلاف متى وقع بين المملك والمتملك في جهة الملك والسبب
الذي جرى بينهما كان القول قول المملك مع يمينه وعلى المتملك البينة لانه استفاد الملك
من جهته ولو انكر التمليك اصلا كان القول قوله فاذا انكر التمليك بالسبب الذي يدعي المتملك
كان القول قوله ايضا وهذا فيما بينهما اما في حق غيرهما القول قول المتملك لان قوله حجة في
حقه وحرف اخر ان للواهب حق الرجوع في هبته من الاجنبي عندنا وعند الشافعي
رحمه الله لا رجوع له لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الواهب فيما يهب
لولده وفي رواية قال لا يحل لمعتقد الرجوع او حرم ولا يجوز الاقدام على ارتكاب الحرام
شرعا وقال عليه السلام العايد في هبته كالعايد في قيئه وفي رواية كالكلب يقي ثم
يعود في قيئه والعود في القي حرام فكذلك الرجوع في الهبة والمعنى فيه ان الهبة
عقد تمليك مطلقة لا يقتضي الرجوع فيه كالبيع وهذا لان الرجوع يضاد المقصود
بالتمليك والعقد لا ينعقد موجبا ما يضاد المقصود به وانما يستحق الرجوع
قبل تمامه كما فيما بين الوالد والولد باعتبار ان الولد كسبه كعبده فصار كالهبة

يكون هم

قول هم

من عمله فيل في معنى قوله تعالى ما اغنى عنه ماله وما كسب اى وما ولده وقال عليه
السلام وان ولده من كسبه او انه بعضه فلا يتم اخراجه عن ملكه بجعلها له وهذا
لا يوجد فيما بين الاجانب فيتم الاخراج وهو معنى قولهم ليس بين الواهب والموهوب
له حرمة فلا يرجع احدهما فيما يهب لصاحبه كالاخوين ولا يبعد ان يختص الوالد بما
لا يشاركه الولد فيه كالتملك بالاستيلاد وحجتنا في ذلك حديث عمر رضى الله عنه
فانه روى ابراهيم رحمه الله انه قال من وهب لذى رحم محرم هبة فقبضها فليس له
ان يرجع فيها وعن عطا ومجاهد رحمهما الله عن عمر رضى الله عنه قال من وهب هبة لذى
رحم فليس له ان يرجع فيها ومن وهب هبة لغير ذى رحم فله ان يرجع فيها ما لم يثب منها
والمراد بقوله لذى رحم ذى محرم وقد ذكر ذلك في بعض الروايات فعمر رضى الله
عنه اماما لمسلمين وعن على رضى الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال الواهب احق بهبته ما لم يثب منها والمراد حق الرجوع بعد التسليم
لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم واضافها الى الواهب على معنى انها كانت له
كالرجل يقول اكلنا خبز فلان الخباز وان كان قد اشتراه منه ولانه مد الحكم الى
وصول العوض اليه وذلك في حق الرجوع بعد التسليم وفى قوله تعالى فحيوا باحسن منها
او ردوها ما يدل عليه والمراد بالتحية العطية وقيل المراد بالتحية السلام والاول
اظهر فان قوله او ردوها يدل على ان المراد بها عينها وانما يتحقق ذلك في العطية وقال العلماء
بعضهم بعضا الولاية بسهم اى عطايا هم وفى حديث ابى هريرة رضى الله عنه عن النبى
صلى الله عليه وسلم من وهب هبة ثم اراد ان يرجع فيها فليوقف وليعرف قبح فعله وفى
رواية حسن فعله فان اى يرد عليه والمراد حسن فعله فى الهبة وقبح فعله
في الرجوع وعن فضالة بن عبيد ان رجلين اختصما اليه فقال احدهما انى وهبت لهذا
بازا ليثيبنى ولم يثبنى فانا ارجع منه فقال فضالة لا يرجع في الهبة الا النساء والشرار
من الناس اردد وعن ابى الدردا رضى الله عنه قال الواهبون ثلثة رجل وهب على وجه
الصدقة فليس له ان يرجع فيها ورجل استوهب فوهب فله ان يرجع فيها ما لم يعوض
ورجل وهب بشرط العوض فهو دين له في حياته وبعد موته والمعنى انه يمكن الخلل في
المقصود من العقد فيتمكن من الفسخ كالمشترى اذا وجد بالمبيع عيبا
وبيانه ان المقصود من الهبة للاجانب العوض والمكافاة والمرجع فيه الى العرف
والعادة الظاهرة فان الانسان يهدى الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه

لتخدمه

لتخدمه والى من يساويه ليعوضه واليه اشار رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله
لوفد ثقيف لما اتوه بشئ اصدقة ام هبة فالصدقة يبتغى بها وجه الله تعالى والهبة يبتغى بها
وجه الرسول وقضا الحاجة ومنه يقال الايادى قروض وبهذا تبين ان حق الرجوع
ليس بمقتضى العقد عندنا بل التمكن من الخلل في المقصود من العقد على معنى انه كالمعروف
كالمشروط ولا يقال انما يقصد العوض بالتجارات واما المقصود بالهبة اظهار الجود
والسخا والتودد والتحبب وقد حصل ذلك لانا نقول العوض في التجارات مشروط
وفى التبرعات مقصود ومعنى اظهار الجود ايضا مقصود كرم الخلق ولهذا يقول
الراجع لا يكون كريم الخلق فاما مقصود طيبة النفس العوض ومعنى التودد انما يحصل
بالعوض كما قال عليه السلام تهادوا تحابوا فان التحابب على مقتضى وجود الفعل من الجانبين
كالمفاعلة واما الحديث فالمراد به انه لا يتمكن ان يتفرد بالرجوع من غير قضا ولا رضى الا الوالد
اذا احتاج الى ذلك فيتفرد بالاخذ لحاجته وسمى ذلك رجوعا باعتبار الصورة وان
لم يكن رجوعا في الحكم كما روى ان عمر رضى الله عنه حمل رجلا على فرس في سبيل الله ثم راى
ذلك الفرس يباع فاراد ان يشتريه فسال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا تعد في صدقتك
والشرى لا يكون رجوعا في الصدقة حكما والمراد لا يحل الرجوع بطريق الديانة والمروة
وهو كقوله عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الاخر ان يبيت شبعانا وجاره
الى جنبه طاوى اى لا يليق ذلك بالديانة والمروة وان كان جايزا في الحكم اذا لم يكن
عليه حق واجب والمراد من الحديث الاخر التشبيه في معنى الاستقباح والاستقذار
الا ترى انه شبهه بعود الكلب وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة بخلاف الهبة
من ذى الرحم والزوجة لان الهبة تمت لذى الرحم المحرم ملكا وعقدا فلا يملك الرجوع
كالابن اذا وهب لابيه قوله تعالى واتقوا الله الذى تساءلون به والارحام اى اتقوا الارحام
ان تقطعوها وقال الله تعالى وتقطعوا ارحامكم اولئك الذين لعنهم الله والمراد الرحم
الثابت بالمحرمية وعن ابرهيم رحمه الله الرجل والمراة بمنزلة ذى الرحم المحرم وهذا لان
ما بينهما من الزوجية نظير القرابة القريبة ولهذا يتعلق بها التوارث من الجانبين
من غير حجب ويمنع قبول شهادة احدهما لصاحبه والمقصود حصل بالهبة وهو تحقق
ما بينهما من السكن والازدواج والالفة والمودة وفى الرجوع ايقاع العداوة بينهما
والصهر والزوجية لمعنى الالفة والمودة فلا يجوز لاحدهما الاقدام على ما يضاده
وهذا كان مانعا من الرجوع فيما بين القرابات ولا معنى لما ذكر من الكسب فانه لو وهب

لمكاتبه او معتقه لا يرجع وهو كسبه ايضا وهذا لان الولد كسب لا ملكه بخلاف عبده واما
الحديث فقد قيل معنى قوله الا الوالد ولا الولد فان الا بمعنى ولا قال الله تعالى الا الذين
ظلموا منهم اي ولا الذين ظلموا منهم قال الله تعالى وما كان لمؤمن ان يقتل مؤمنا الا خطأ اي
ولا خطأ او المراد الا الوالد فانه يتفرد باخذه الا ان حق الواهب في الرجوع لا يمنع الشفيع من الاخذ
بالشفعة وان بطل حقه في الرجوع لان حق الشفيع اسبق من حق الواهب في الرجوع ولهذا يبطل
حق الواهب بحدوث الزيادة في الموهوب وبيعه وموت احدهما ولا يبطل بهذه الاشياء
حق الشفيع لكن هذا اذا كان حق الشفيع متحققا اما اذا كان موهوما يستوفي الواهب
حقه لان الموهوم لا يعارض المتحقق ثم اذا حضر الشفيع يسترده منه كما لو باع المشتري
الدار عند غيبة الشفيع ثم حضر اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل في يده دار يدعي
انه اشتراها من فلان ونقده الثمن والدار معروفة انها لفلان وادعى فلان انه وهبها للمدعي
واراد الرجوع فيها فالقول قول الواهب حتى كان له ان يرجع لانهما اختلفا في سبب الملك الذي
جرى بينهما ولو اختلفا في الملك كان القول قوله فكذا اذا اختلفا في سببه فان قيل انه
اقر بخروج الدار عن ملكه وادعى لنفسه حق الرجوع فلا يقبل قوله كما لو ادعى انه باع
بشرط الخيار والمشتري يدعي بيعا باتا فان القول قول المشتري كذلك هنا قلنا عند اتفاقهما
على البيع واختلفا في زيادة شرط فيه والمشتري ينكر الزيادة فكان القول قوله اما
هنا انكر البيع اصلا فكان القول قوله انه لم يبع فان لم يقض القاضي له بالرجوع حتى حضر
الشفيع له ان ياخذها بالشفعة ويبطل حق الواهب في الرجوع لانها في الظاهر ملك المقر
له وهو ذو اليد يتوافق المقر والمقر له والمقر اقر بنفاذ تصرفات المقر له وهو اقر
بثبوت حق الشفعة فيها للشفيع فينفذ اقراره وحقه مقدم على حق الواهب الا ترى
انه لو باع الدار او وهبها من غيره يبطل حقه اقصى ما في الباب انه ينكر حق الشفعة الا
انه مقر بنفاذ تصرفه وتسليطه اياه على التصرف وابطال حقه في الرجوع ولهذا يبطل
حقه بالاقرار وان انكر حقيقة اقراره ولا حق للواهب في الثمن اذا اخذها بالشفعة
لان حقه مقصور على العين فان سلم الشفيع الشفعة فللواهب ان يرجع فيها لان
المانع من الرجوع حق الشفيع وقد زال ولو كان الشفيع غائبا وحضر الواهب يريد
الرجوع فقضي للواهب لان حقه ثابت وحق الشفيع لم يظهر ما لم يطلب وعسى لا يطلب
فلا يمتنع القضاء بحق ثابت بظاهر لامر موهوم خصوصا فيما لا يتضرر به صاحب الحق الموهوم
فلو قضى بالرجوع ثم حضر الشفيع وطلب نقض الرجوع ويدفع الى الشفيع ويدفع الثمن

الي الموهوب له لانه حين اقر له بالشفعة كان اقراره جائزا لقيام الملك له وتسليط
من جهة المقر على التمليك الا انه يؤمر بالتسليم الى الواهب لعدم علمنا بحق الشفيع فاذا
طلب استند التصديق الى وقت الاقرار فظهر ان حق الشفيع كان ثابتا وقت احضار الواهب
الا ترى ان المشتري شراء فاسدا اذا اقر بخروج الدار عن ملكه بالبيع وكذبه البائع
واسترد الدار ثم حضر المقر له فانه ياخذ الدار من يد البائع وكذا لو ادعى عينا في يد
انسان فادعاها ودفعه فلان في يده ثم اقر بها للمدعي فانه يؤمر بالتسليم الى الغائب
ولو سلم الشفعة سلمت للواهب لزوال المانع من تقرر ملكه ولو ادعى ذو اليد
انه اشتراها من فلان على ان البائع بالخيار ثلاثة ايام ونقده الثمن وادعى فلان انه وهبها له
وحضر الشفيع فانه ياخذها ويبطل الخيار فان قيل كيف ياخذها الشفيع لان
صاحب اليد والمدعي اتفقا على انه لا شفعة للشفيع لان صاحب الدار اقر بالهبة ولا
شفعة فيها والمدعي اقر بالبيع بشرط الخيار للبائع ولا شفعة في هذا البيع قيل له
صاحب الدار اقر بالهبة والتسليم الى الموهوب له فكان مقرا بثبوت الملك للمقر له ونفاذ
تصرفاته واقراره بثبوت الملك له اقرار بعدم الخيار له فيصح اقراره بعدم الخيار له والمقر
له مقر بالشراء وقد سقط خيار البائع الخيار للبائع باقراره بالملك له فيبقى اقراره بالشراء
مرسلا فيثبت الشفعة حينئذ باقرار المقر له بالشراء عند سقوط الخيار والله اعلم

باب ما يكون فيه الشفعة

وما لا يكون من الميراث وغيره اصل الباب ان من باع او وهب له فلا شفعة له ومن
اشترى او اشتري له فله الشفعة لانا لو اثبتنا حق الشفعة في الوجه الاول يؤدي الى
التضاد والمناقضة لانه يؤدي الى ان يوجب ملكا فيما باع لغيره ويستوجب لنفسه
في وقت واحد لان حق الشفعة بانقطاع حق البائع ومن وقع له البيع فيستحق
الشفعة له معلوما بانقطاع حقه وانه محال ويؤدي الى ان يصير مسلما ما باع بحكم
البيع ومتسلما بحكم الشفعة ويكون موجبا ومستوجبا ومسلما ومتسلما في وقت
واحد وتضاد ولانه لو ثبت له حق الشفعة يمتنع من تسليمها الى المشتري بعد ما التزم ذلك
بالعقد لكون حق الشفيع مقدما فيصير ساعيا في نقض ما تم به وهو الملك واليد
للمشتري وفي الوجه الثاني لا يؤدي الى التضاد فانه لا يستوجب الملك بالشراء
ويستوجب الشفعة ايضا وهذا لان الشفعة انما تبطل باظهار الشفيع الرغبة
عن الدار لا باظهار الرغبة فيها والشراء اظهار الرغبة في المشترى فلا يكون ابطالا

للشفعة اما البيع الجائز فلا الرغبة عند فيكون ابطالا ولان البائع يلزمه العهدة بالبيع
فلو اخذ بالشفعة كان مبطلا ما التزم من العهدة والمشتري يلتزم الثمن بالشرى
وهو بالاخذ بالشفعة يتقرر ما التزم بالشرى وحق اخذ الشفعة يثبت للتحصيل
ملك اليد كما يثبت للتحصيل ملك الدار ومن لا يملك الشرى لا يملك الاخذ بالشفعة
اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله عبد ماذون له عليه دين فلا سبيل للمولاه على شي
مما في يده سوا كان الدين قليلا او كثيرا حتى يقضي الدين لان المولى مع العبد في كسبه
كالوارث مع المورث الا ان الوارثة قاموا مقامه بحكم القرابة وهنا المولى يخلفه
بحكم الملك ثم الوارث لا يستحق احد شي من التركة ما لم تفرغ عن حاجة الميت
فكذا المولى فان كان في يده دار قيمتها الف والدين الف او كانت قيمة الدار اقل من الف والدار
والدين الف وطلبت الغرماء من القاضي بيع الدار بدينهم فان القاضي يبيع كل الدار
وان كان بعض الدار يفي بحقهم نظرا للعبد لان التشقيص في الاعيان عيب اذا
باع القاضي الدار والمولى شفيعها كان له اخذها بالشفعة لان المولى ما باع ولا وقع
البيع له لانه ما باع حقيقة ولا بيع بامره ليكون البيع له فيصير كانه هو بايعا حكما
بل باع القاضي عليه شيئا او ابى ولهذا لا يكون العهدة على المولى بل على العبد حتى لو
استحق من يد المشتري يرجع المشتري بالثمن على العبد لا على المولى ولا شي على المولى من
الثمن ما لم تفرغ من الغرما فرق بين هذا وبينما اذا لم يكن على العبد دين حيث لا يكون
للمولى شفعة اذا باع العبد والفرق ان الاخذ ثمة غير مفيد لانه لا يفيده لا ملك الرقبة
ولا ملك التصرف ولهذا لو اشترى منه لا يجوز اما هنا يفيد ولهذا لو اشترى يجوز منه يكون
فان قيل وجب ان يأخذ نصف الدار بالشفعة دون النصف لان النصف مشغول
بالدين والنصف فارغ ولو كان الكل مشغولا يأخذ الكل ولو كان الكل فارغا لا يأخذ
شيئا فلا يملك اخذ النصف الفارغ كما لا يملك اخذ الكل قيل له لما استحق النصف
الباقي كيلا يتضرر المشتري بتفريق الصفقة عليه الا ترى انه لو اشترى رجل دارا من جماعة
ليس للمشتري ان يأخذ نصيب احد البائعين دفعا للضرر عن المشتري بتفريق الصفقة
عليه بخلاف ما لو اشترى جماعة من واحد حيث كان له اخذ نصيب احد المشترين لانه
لا ضرر على واحد منهم لما قام مقام من اخذ نصيبه فلا يتفرق الصفقة عليهم ولان سبب
استحقاق الشفعة في بعض الدار يكفي للتقدم واخذها بالشفعة كما في منزل الرجل
في دار والى جنبه في تلك الدار منزل آخر لرجل وحائط المنزلين بينهما وفي الدار منازل

احرى

سوى

سوى هذين المنزلين وللمنازل كلها طريق في الدار الى باب الدار الاعظم والدار في درب
غير نافذ وفي الدرب دور اخر غير هذه الدار فباع رب احد المنزلين منزله فالشريك
في الحائط احق بالشفعة في جميع المنزل لان شركته اعم فهو شريك في نفس المبيع لان
حصة البائع من الحائط داخل في البيع وعن ابي يوسف رحمه الله انه احق بالشفعة في الحائط
خاصة وما سوى ذلك من المنزل هو واهل الدار سوا وهكذا روي عن ابي يوسف رحمه
الله لان شركته في موضع معين وليس بشايع في جميع المبيع فانما يترجح هو بالشركة
في ذلك الموضع خاصة الا ترى انه لو جمع في البيع بين نصيبه من دار ودار اخرى كان شريكه
في تلك الدار احق بالشفعة في تلك الدار خاصة دون الاخرى وجه ظاهر الرواية ان
الشركة في الحائط اظهر من الشركة في الطريق واذا تقدم الشريك في الطريق على الجار
فالشركة في الحائط اولى ولهذا لان الحائط منتشر في جميع المنزل بخلاف الدارين المتفرقتين
على انه روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا باع ارضين متفرقتين في موضعين ولكل
واحد جار على حدة كان لكل شفيع ان يأخذ الارض الملازقة فان لم يطلب احدهما يقال
للطالب اما ان تأخذ الكل او تدع اذا لم يرض المشتري بتفريق الصفقة دفعا للضرر عنه
فان سلم الشريك في الحائط فالشركاء في الطريق الذي في الدار احق للشركة بينهم
في صحن الدار لان نصيب البائع من الصحن صار مبيعا ولا شركة لاهل الدرب في صحن
الدار فان سلموا فالشركاء في الطريق الذي في الدرب احق لوجود الشركة بينهم في طريق
خاص في درب غير نافذ فان سلموا فالجيران الملازقون للدار الى هذا المنزل فيه
شركا في شفعة هذا المنزل والملاصق منهم لهذا المنزل والملاصق لاقصى الدار سوا لان
ملك كل واحد منهم متصل بالمبيع بحصة البائع من صحن الدار داخل في البيع فقيام
الاتصال في طرف طريق واحد يكفي للجوار فلهذا استووا في استحقاق الشفعة فان
كان الغرما شفعا الدار ايضا اخذوها مع المولى لان الغريم ليس بايع ولا وقع البيع
له ولهذا لا يكون العهدة عليه بل يكون على العبد فلم يكن القاضي بايعا لاجل الغريم وانما
باعه لاجل العبد الا ترى انه لو هلك الثمن على المشتري كان الهلاك على العبد لا على الغريم
فان قيل لو باع القاضي او امينه وقبض الثمن وهلك في يده ثم جاء مستحق
واستحق الدار حتى ثبت للمشتري حق الرجوع بالثمن فانه يرجع على القاضي او امينه
ثم يرجع هو على الغريم دل ان القاضي بايع للغريم قيل له القاضي ما باع للغريم لان
الغريم ليس بمالك للدار والثمن لا يصير ملكا للغريم ايضا حتى لو ابرأ الغريم المشتري

اما هنا

عن الثمن لا يحونوا انما لا يصح ابراء العبد لان الثمن ليس له بل لانه ليس من اهل التبرع
حتى لو كان المديون حرا وباع القاضي ماله لقضاء الدين فابراء المشتري يعول بانه
يصح ابراؤه الا ان القاضي في قبض الثمن عامل للغرماء لانه قبضه لتصرفه اليهم ومن
عمل لغيره عملا ولحقه ضمان كان قرار الضمان على من عمل له كالمودع والوكيل وهذا
لان حقهم في نفس الدار فلم يكن البيع واقعا لهم ولو كان القاضي ولي الموتى او الغرماء
بيع الدار ليس لهم الاخذ بالشفعة لانهم باشروا العقد وحقوق العقد راجعة اليهم
رجل مات وترك دارا قيمتها الف وعليه دين وترك ابنا وقد اوصى بثلث ماله لرجل
فرأى القاضي بيع الدار كلها والوارث والموصى له والغرماء شفعاء فليس لهم الاخذ بالشفعة
اما نفاذ البيع فلان البيع من القاضي بمنزلة القضاء منه وقد قضى في فصل مجتهد
فيه فينفذ قضاؤه عليهم جميعا واذا صح البيع يقضى الدين ثم يعطى ثلث ما بقي
للوارث والثلث للموصى له واما الشفعة فلان البيع لم يكن للوارث والموصى له وما
باعه حقيقة وانما بيع للميت ولهذا لو لحق القاضي عهدة يرجع في التركة الا انه
باع النصف للميت لاجل الدين والنصف الاخر للميت لا لاجله لا ينقص ثمن الدار لان
الاشقاص لا يشترى بما يشترى الكل فكان البيع واقعا للميت الا ترى انه لا شيء للوارث هدايه
والموصى له الا بعد حق الغرماء فصار كالموصى في الفصل الاول وكذا الغرماء لان الملك لم يكن له
لما قلنا هذا اذا باع القاضي او امينه اما اذا اوصى الميت الى رجل واراد الوصي
ان يبيعه فللوصي ان يبيع الكل وان كانت الورثة كبارا حضورا عند ابي حنيفة وعند
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ليس له ان يبيع الا بقدر الدين وهو القياس لانه انما يبيع
لاجل الدين او لاجل الوصية فلا يجوز بيعه الا بذلك القدر لعدم الولاية له على الكبار
لابي حنيفة رحمه الله ان كل جزء من اجزاء التركة مشغول بالدين بدليل انه لو هلك
البعض وجب قضاء الدين من الباقي فكان له ان يبيع الكل نفيا لضرر التشقيص واذا
جاز البيع قضى الدين واعطى الموصى له ثلث ما بقي والباقي للوارث وحكم الشفعة ما
ذكرنا في بيع القاضي ولو لم يكن في التركة دين وكان في الورثة صغار ورأى القاضي بيعها
فليس للموصى له ولا للورثة شفعة ولا للصغير اذا كبر وطلبها اما نفاذ البيع فلان
البيع من القاضي قضاء منه وقد قضى في فصل مجتهد فينفذ عليهم واما الشفعة
فلانه باع لهم ولهذا يكون العهدة على الورثة والموصى له ويصح ابراؤهم عن الثمن وهذا
لانه باع للصغير لعجزه عليه في ماله ومتى ثبتت الولاية في نصيب الصغير يثبت في نصيب
بولايته

الكبير

الكبير والموصى له نظرا لهما ايضا وان اراد الوصي ان يبيعه ثمنا على وجه ان كانت الورثة
كلهم كبارا حضورا ولا دين على الميت ولا وصية فليس له ان يبيع شيئا الا انه لا ولاية
له عليهم وان كانوا غيبا فله ان يبيع العروض لان له ولاية الحفظ والتحصين وبيع
العروض من الحفظ لان حفظ الثمن ايسر من حفظ عينه ولا يرد عليه التوى والتلف
ولا يملك بيع العقار لانها محصنة بنفسها والقياس ان لا يملك بيع العروض لانه قام
مقام الاب والاب لا يملك بيع عروض ابنه الكبير الغائب وانما جاز استحسانا لان
حفظ التركة حق الميت حتى لو ظهر عليه دين يقضى منها وهو مامور من جهة الميت وللميت
ولاية على ماله فكذا له ولو خيف هلاك العقار او هلاك بناء العقار ذكر الصدر الشهيد
رحمه الله لو قيل يملك لا يبعد لان البيع في هذه الحالة من الحفظ وان كانت الورثة
كلهم صغارا وهم حضور او غيب فله ان يبيع العروض والعقار لانه قايم مقام
الاب وللاب ان يبيع عروض الصغار وعقارهم فكذا الوصي وان كان بعضهم صغارا
وبعضهم كبارا فعند ابي حنيفة رحمه الله له ان يبيع العروض والعقار على الصغار
والكبار بكل حال وعندهما ان كانوا حضورا فله ان يبيع نصيب الصغار من العروض
والعقار وليس له ان يبيع نصيب الكبار وان كانوا غيبا او الكبار غيبا فله ان
يبيع نصيب الكبار من العروض وليس له ان يبيع نصيبهم من العقار وهو القياس لانه
لا ولاية له على الكبير فلا يجوز له بيع نصيبهم كما لو كانوا كبارا ولابي حنيفة رحمه الله ان
الوصي مامور بالاصلاح وله حق النظر في حصة الكبار ايضا الا ترى انه يبيع العروض
اذا كانوا غيبا ولو اجر عبدهم او عقارهم عند غيبتهم يجوز لما فيه من معنى النظر
والحفظ ثم بيع الكل انفع لهم من نصيب الصغير خاصة لان ثمن النصف عند الانفراد
اقل من ثمنه عند الضم ولان هذه ولاية استفيدت من الاب وانتقلت منه اليه
والولاية لا تحتمل التجزية واما حكم الشفعة لا شفعة لكبير ولا للصغير لما
ذكرنا في بيع القاضي مضارب اشترى بمال المضاربة دارا ثم باعها ورب المال
شفيعها فلا شفعة له لانه بيع له لانه وكيله في البيع فكان بائعا له بامره الا ترى
انه لو لحقه في ذلك عهدة يرجع على رب المال قال محمد رحمه الله وليس في انه
لا يملك نهيه عن البيع ما يدل على ان له حق الشفعة وان المضارب ليس بوكيل
عنه الا ترى ان المسلط على بيع الدار المرهونة عنده لا يملك الراهن نهيه عن البيع
ومع هذا لو باع لا شفعة له لانه باع ملك الراهن بامره وكذا لو باعها رب المال

وهي من المضاربة وفي يد المضارب دار اخرى من المضاربة وهو شفيعها بها لم
يكن له فيها شفعة لانه لو اخذها اخذها لرب المال فان الاصل في مال المضاربة
حق رب المال ورب المال بايع لا يملك الاخذ بالشفعة فكذلك لا ياخذ غيره
له بالشفعة ولو باع المضارب دارا من غير المضاربة كان لرب المال ان
ياخذها بالشفعة بدار من المضاربة ويكون له خاصة دون المضارب لان المضارب
في بيع داره من غير المضاربة عامل لنفسه لا لرب المال فهو في ذلك كاجنبي
اخر وباعتبار دار المضاربة رب المال جار للدار المبيعة فله ان ياخذها لان
الاخذ بالشفعة بمنزلة الشرى ولو اشتراها كانت له خاصة دون المضاربة
ولو باع رب المال دارا له خاصة والمضارب شفيعها بدار من المضاربة فان
كان فيها ربح فله ان ياخذها لنفسه لانه جار باعتبار شركته في الربح وهو في
الاخذ لنفسه غيرها مال لرب المال فيكون كاجنبي آخر وان لم يكن فيها ربح
لا ياخذها لانه لو اخذها اخذها للمضاربة وفي مال المضاربة حق رب المال هو
الاصل ورب المال هو البايع فلا يكون لغيره حق الاخذ له وان كان دار اجنبيا والمضارب البايع صح
شفيعها بدار من المضاربة وفيها ربح وليس في يده من مال المضاربة غيرها فسلم رب
المضاربة الشفعة كان لرب المال ان ياخذها لنفسه وان سلم رب المال
كان للمضارب ان ياخذها لنفسه لان المضارب لا ياخذها للمضاربة لانه يكون
استدانة على المضاربة ولهذا لا يملك الشرى ابتداء فيبقى حق كل واحد منهما في
الاخذ لنفسه بحكم الجوار ولو اشترى الاب للصبي دارا وهو شفيعها فله
ان ياخذها بالشفعة لنفسه عندنا وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك وهو بنا
على شرى الاب مال اليتيم لنفسه وان كان مكان الاب وصي لم يملك اخذها
لنفسه بالشفعة لان ذلك بمنزلة الشرى منه والوصي لا يشتري مال اليتيم
لنفسه بمثل القيمة ولو اشترى الاب لنفسه دارا والصبي شفيعها فليس
للصبي اذا بلغ ان ياخذها بالشفعة لان الاب يتمكن من الاخذ فسكوته يكون
مبطلا شفعة الصبي بخلاف ما اذا كان باع الاب دارا والصبي شفيعها
لان البايع لا يملك الاخذ بالشفعة والسكوت عن الطلب ممن يملك الاخذ
يكون مبطلا لا ممن لا يملك وعلى قول محمد رحمه الله هو على شفعته لان تسليم
الاب لا يصح عنده ولو كان كان المشتري وصيه فالصبي على شفعته في قولهم لان

الوصي

الوصي لا يجوز له ان ياخذ من نفسه بخلاف الاب ولو كان المشتري اشترى الدار باكثر
من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه وهو اجنبي والصبي شفيعها فسلم الاب ذلك من
اصحابنا رحمهم الله من قال يصح التسليم هنا عند محمد رحمه الله وهو قول زفر رحمه
الله لما فيه من النظر للصبي والاصح انه لا يصح عندهم جميعا لانه لا يملك الاخذ لكثرة
الثمن وسكوته عن الطلب وتسليمه انما يصح اذا كان يملك الاخذ فيبقى الصبي
على حقه اذا بلغ وهذا بنا على مذهبنا ان حق الشفعة يثبت للصبي وعلى قول ابن ابي ليلى
لا شفعة للصبي لان وجوبها لدفع ضرر البادي بسوء المجاورة وذلك من الكبار دون
الصغير ولان الصغير في الجوار بمعنى المستعير والمستاجر لكنا نقول سبب تبع صح
الاستحقاق متحقق في حق الصغير وهو الشركة او الجوار من حيث اتصال ملكه بالبيع
على وجه التابيد فيكون هو والكبير في الاستحقاق به ايضا ثم هو محتاج الى الاخذ
لدفع الضرر في الثاني عن نفسه وان لم يكن محتاجا الى ذلك في الحال ويمثل هذه الحاجة
جاز للولي تزويج الصغير والصغيرة ثم يقوم بالطلب من كان قائم مقامه شرعا في
استيفا حقوقه وهو ابوه ثم وصي ابيه ثم جده اب ابيه ثم وصي الجد ثم وصي
نصبه القاضي فان لم ياخذ من هو كان فهو على شفعته اذا ادرك لان الحق قد ثبت له ولا يكن صح
يتمكن من استيفائه قبل الادراك لان الاسقاط ليس على الطلب حكما ولا يكون طلبه مثلها قبل
الادراك لان الاستحقاق فتركه الطلب قبل الادراك لعدم تمكنه منه لا يكون مسقطا
حقه كالبايع اذا ترك الطلب لانه لم يعلم به او كان غايبا والله اعلم

باب العتق والتدبير الى الكلي

يقع العتق في احدهم دون التدبير والذي يقع على الاثنين الاصل في الباب ان قوله احدكما اثنان صح
حر اخبار بحقيقته لغة كقوله احدهما رجل وزيد الا انه صار بحقيقته شرعا
فاذا اضيف الى محل يمكن العمل بحقيقته لغة يعمل به لان اصل العمل باللغة
واذا اضيف الى محل لا يمكن العمل بحقيقته لغة تعمل بحقيقته شرعا واذا كان ابدا
بين الايجاب والاخبار يحمل على الاخبار لانه ابقا ما كان عليها كان اولا ولانه عمل
بحقيقة الوضع فكان الحمل عليه اولى ولهذا الوجه بين عبده وحر وقال احدكما حر لا يعتق بالشرط صح
العبد حملا لكلامه على الاخبار وحرف الاخر ما ذكرنا في الايمان ان ما يصح تعليقه يصح
اضافته الى المنكر لان الاضافة الى المنكر تعليق في المعين بشرط البيان ويرجع
في البيان الى المجمل لانه لا وقوف لغيره على ما في ضميره واذا فات البيان بموته نزل

الحكم على اعتبار الاحوال واحوال الحرمان احوال واحوال الاصابة حالة واحدة وجزء
آخر ان التدبير وصية فيعتبر من الثلث كسائر الوصايا وكذا العتق في المرض لانه
تبرع اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل له عبد له مدبر قيمة كل واحد منهما ثلثمائة
درهم لا مال له غيرهما فقال في صحته احدكما مدبر والآخر حر ثم مات قبل البيان
عتق العبد من جميع المال والمدبر مدبر كما كان يعتق من الثلث لان قوله احدكما مدبر
يمكن العمل بحقيقته لغة وهو الخبر لان احدهما مدبر فلم يجعل انشاء فانصرف قوله
احدكما مدبر الى المدبر وقوله والآخر حر الى العبد ضرورة فيعتق العبد كله من جميع
المال والمدبر من الثلث ويسعى في الثلثين فان قيل هذا يقتضي ان يعتق القن للحال ومحمد
رحمه الله قال اذا مات المولى قبل ان يبين فالعبد حر ولم يقل يعتق للحال قلنا من المشايخ
رحمهم الله من قال يعتق العبد للحال كما لو نص فقال المدبر هذا مدبر وللعبد هذا حر
وقال بعضهم لا يعتق للحال لان قوله احدكما مدبر وان انصرف الى المدبر باعتبار الظاهر
لكن احتمل انه اراد به الانشاء فينصرف الى القن واحدهما حر فينصرف الى المدبر فما دام
احتمال البيان قائما لا يعتق العبد فاذا مات المولى زال الاحتمال من جهته بالبيان
وجب العمل بالظاهر بخلاف ما لو نص لان التنصيص لا يحتمل التغيير قالوا والاول اصح لان
الظاهر صرفه الى القن فيعتق للحال الا ان محمد رحمه الله ذكر حريته بعد الموت ولم يذكر
الحرية للحال فكانت الحرية للحال مسكوتا عنه لا ان يكون منفيا ولان قوله احدكما
مدبر يحتمل الايقاع ويحتمل الاخبار فيحمل على الخبر لانه انسب من الايقاع فلا يقع الشك
في الحر بعتق فانصرف الكلام اليه فان قيل وجب ان يصرف الى الايقاع حتى يصح
كلامه ويفيد ولا يلغو قلنا لو صرفناه الى الايقاع صار المدبر مدبرا وهذا خلاف كلامه
وهو قوله احدكما مدبر ولم يقل انتما مدبران ولو قال احدكما حر والآخر
مدبر ثم مات قبل البيان يعتق نصف كل واحد منهما من جميع المال ونصفه من الثلث ويسعى
كل واحد منهما في ثلث قيمته وقيل هو قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه
الله هذا والاول سواء ومحمد رحمه الله يقول لانه متى بدا بالتدبير وثنى بالحرية متى جعلنا
قوله احدكما مدبر حرا لا يبطل حرية تثبت للمدبر لانه لم تثبت الحرية له فجعلنا قوله
احدكما مدبر خبرا فاما اذا بدا بالحرية وثنى بالتدبير فقوله احدكما حر دائر بين العبد
والمدبر فلو جعلنا قوله احدكما مدبر بعد ذلك خبرا ابطلنا حرية ثابتة للمدبر من وجه
وذلك لا يجوز فجعل انشاء للتدبير فيعتق نصف العبد بالتحرير ويصير نصفه مدبرا وعتق

منفيا

تثبت الحرية صح

نصف

نصف المدبر بالتحرير ولا يصير نصفه مدبرا لان الكلام الثاني حصل في حقه فيعتق من
كل واحد منهما نصفه بالاعتاق في حالة الصحة من جميع المال وعتق نصف كل واحد
منهما بالتدبير فيسلم لهما الثلث لكل واحد منهما السدس ويسعيان في ثلثي القيمة كل واحد
منهما في ثلث القيمة ولان قوله والآخر مدبر معطوف على الايجاب فكان ايجابا عملا بقضية
العطف فكان ايجاب حرية بينهما وتدبير رقبة بينهما ولانه يقتضي تغيير المعطوف
عليه لا تغييره من اللفظ الاول فينقسم عليهما فكذا الثاني نظيره ما ذكر محمد رحمه الله في
الاقرار اذا قال لفلان علي الف درهم الا مائة درهم وعشرة دنانير فقوله عشرة دنانير
استثناء لانه معطوف على الاستثناء وابو يوسف رحمه الله يقول بان قوله والآخر
مدبر يحتمل الخبر حقيقته لغة والانشاء حقيقته شرعا فلا يجعل انشاء بالشك
فبقي حرا فيتبين انه اراد بالكلام الاول هو العبد دون المدبر فيعتق العبد كله ولم
يكن فيه ابطال الحرية عن المدبر لانه ظهر ان الايجاب الاول لم يتناوله كانه قال والآخر
مدبر على حاله وهذا لما عرف ان اول الكلام لا حكم له قبل تمامه ولهذا صح الحاق
الاستثناء والشرط به قال شيخ الاسلام علاء الدين السمرقندي رحمه الله قال السيد
الامام رحمه الله وما قاله ابو يوسف رحمه الله اصح لانه اعتبار اصل الكلام ووصفه
وما قاله محمد رحمه الله اعتبار وصف الكلام والغاء اصله فان قيل قوله احدكما حر
يتناول المنكر منهما فعلى الصرف الى العبد يعتبر فاذا لا يمكن العمل بحقيقته قوله احدكما
حر لغة الا بضرب تغيير فلا يجوز قيل له نعم لكن قوله احدكما حر يحتمل ان يتناول
المعين الا ترى ان قوله احدكما في المسألة الاولى يتناول المعين وهو المدبر وكذا لو جمع بين
حي وميت وقال احدكما حر يتناول الحي منهما فعملنا بحقيقة قوله احدكما حر شرعا
وان كان فيه ضرب تغيير بصرفه الى المعين ولان قوله احدكما حر يتناول المنكر في
جميع المواضع لغة وشرعا الا ان له البيان وعنده يثبت في المعين ولا نقول انه
بانه يعتبر الموضوع لغة او ابطال العتق الثابت للآخر من وجه او ان كان فهو غير
مانع بالاجماع والبيان كما يكون بالصريح يكون بالدلالة فجعلنا قوله والآخر مدبر بيانا
العتق في العبد ولهذه الولاية ولا مانع عنه بالاجماع ولو قال احدكما حر والآخر
المدبر عتق العبد من جميع المال والمدبر من الثلث بالاجماع لان قوله والآخر المدبر تعريف
له فيجب صرفه الى المعهود وهو المدبر المعروف ومتى انصرف اليه العتق للعبد
فرق بين هذا وبين قوله والآخر مدبر والفرق انه هناك ذكره منكرا فصلح خبرا او يصلح

تعيين صح

انشآ محتمل خبرا وثمه ذكر موجبا فينصرف الى المعلوم فكانه قال والاخر هو المدبر وهذا
الفصل يؤيد قول ابي يوسف رحمه الله لان الحريه لو ثبتت فيهما بالكلام الاول لا يمكن صرف
قوله والاخر المدبر الى المعروف لكن قيل بقوله والاخر المدبر ظهر ان الحريه لم تثبت
في العبد فكذا في قوله والاخر مدبر وهو رجل قال لمدبرين احدكما حر فخرج احدهما ودخل
عبد فقال احدكما مدبر فالعبد عبد على حاله لا يعتق منه شي لا بالعتق ولا بالتدبير
والمدبر الخارج حر والثابت مدبر على حاله لان قوله اولا احدكما حر انشا تحقيقه
شرعا دائر بين المدبرين فاوجب عتق احدهما فلما صح في الكلام الثاني بين المدبر الثابت
وبين العبد وقال احدكما مدبر يحمل تحقيقه اخبارا لا ابتدا ممكن صرفه الى الثابت
فخرج المدبر الثابت عن مزاحمة الخارج في حق العتق فتعين الخارج للعتق ضروره
وقال بعض مشايخنا رحمهم الله هذا الجواب على قول محمد لا يستقيم لانه قال في المسئله
الاولى لما قال احدكما حر انقسم العتق بينهما نصفين بالكلام الاول ولا يتوقف على الكلام
الثاني كذلك هنا على قياس قوله ينبغي ان يعتق من كل واحد منهما نصفه بالكلام الاول
فاذا قال ثانيا احدكما مدبر ينبغي ان ينقسم التدبير عليهما ايضا وهذا القول يحكى عن
القاضي ابي حازم رحمه الله وقال بعضهم هذا الجواب صحيح على قوله وفرقوا والفرق
ان في تلك المسئله قوله والاخر مدبر معطوف على قوله احدكما حر والمعطوف عليه
انشا تحقيقه شرعا والمعطوف له احتمال الانشا تحقيقه شرعا والاخبار تحقيقه
لغه رجحنا معنى الانشا بقضيه العطف ليكون المعطوف والمعطوف عليه واحدا
اما هنا قوله احدكما مدبر ليس بمعطوف بل كلام مبتدا فاذا احتمل الانشا والخبر
لا يحمل انشا بالشك لكن هذا فرق اخر غير الذي قاله ان فيه ابطال حريه ثابته
للمدبر من وجه فان ذلك ثابت هنا ولم يجعله اخبارا تحقيقه لغه وفرق اخر
وهو ان هنا اسم المدبر لم يزل عن احدهما بالكلام الاول فيصح ان يحمل على الخبر فاما في
المسئله الاولى فلا يعتبر في نقار المدبر فلا يمكن ان يحمل على الخبر ولو قال لعبدين
احدكما حر فخرج احدهما ودخل اخر فقال احدكما حر فالاول يسمى خارجا والثاني
يسمى ثابتا والثالث يسمى داخلا وهذه المسئله دواره في الكتب ذكرها محمد رحمه الله
في الجامع الصغير والعتاق من الاصل والزيادات والجواب ان يقول ما دام حيا
يؤمر بالبيان فان قال عنيت بالكلام الاول الخارج عتق هو ويؤمر بالبيان
في الكلام الثاني لان الكلام الثاني قد صح لانه خرج من العبدين وان قال عنيت بالكلام

للاول

صح الى المدبر

الاول الثابت عتق هو وبطل الكلام الثاني لانه بقي دائرا بين الحر والعبد فصح خبرا
فان بدا ببيان الكلام الثاني وقال عنيت به الداخل عتق الداخل ويبين الاول في ايهما
شا، وان بين الكلام الثاني في الثابت عتق هو بالكلام الثاني والخارج بالكلام الاول
لان الكلام الاول كان دائرا بينهما فاذا عتق الثابت بالكلام الثاني زالت مزاحمته
في الكلام الاول فعتق الخارج للتعين وفيه اشكال وهو اذا بدا ببيان الكلام الثاني
وبين في الداخل فقد بين ان الكلام الثاني صحيح وانما يصح الثاني اذا لم يعتق الثابت
بالكلام الاول فتعين الخارج ضروره فوجب ان لا يخير والجواب يذكر بعد هذا في اثنا
الكلام ان شا الله تعالى وان مات المولى قبل البيان شاع العتق فيهم على اعتبار
الاحوال فيعتق من الخارج نصفه ومن الثابت ثلثه ارباعه ومن الداخل نصفه
عند ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد كذلك الا في الداخل فانه يعتق
منه ربعه اما الخارج لان الكلام الاول اوجب عتق رقبه بينه وبين الثابت فيعتق
من كل واحد منهما نصفه واما الثابت فلانه عتق نصفه بالكلام الاول والكلام الثاني
صحيح ايضا لان الثابت وقت التكلم بالكلام الثاني عبد لانه حين اوقع العتق الاول
لم يصادف المحل وموجبه رقبه بينه وبين الداخل فان اراد بالكلام الثاني
الداخل عتق كله وان اراد به الثابت عتق نصفه لانه استحق النصف بالكلام الاول
فالنصف الثاني من الثابت يعتق في حال دون حال فيعتق ربعه ضم هذا الى ما يستحق
بالكلام الاول فيعتق منه ثلثه ارباعه واما الداخل قال محمد رحمه الله يعتق كله ربعه
لان الكلام الثاني صحيح في حال ان اراد بالكلام الاول الخارج غير صحيح في حال ان
اراد بالكلام الاول الثابت لانه يكون جاريا بين الحر والعبد ولو صح مطلقا كان
الثابت به عتق رقبه فاذا صح في حال دون حال ينتصف فيعتق به نصف رقبه
بينهما لكل واحد منهما الربع ولهذا كان حظ الثابت منه الربع واحتج محمد رحمه الله
بمسئله الطلاق وصورتها رجل له ثلاث نسوه لم يدخل بهن دخل عليه اثنان فقال
احديكما طالق فخرجت احديهما ودخلت الاخرى فقال احديكما طالق ثم مات قبل البيان
يسقط من مهر الخارجه ربعه ومن مهر الثابته ثلثه اثمانه ومن مهر الداخله ثمنه وذلك نصف
الربع الساقط قلت ان في مسئلتنا حظ الداخل الربع دون النصف وهذا لان الربع
هنا بمنزله النصف ثمه لان نصف المهر يتقرر بالطلاق قبل الدخول فلو سقط النصف
انما يسقط على تقدير وقوع الطلاق وهما يقولان بان الايجاب الثاني صحيح على كل

ثلثه صح

جال لان الثابت عتق بالكلام الاول لم يعاد في اليمين فكان عدا فصح الكلام الثاني
موجبا عتق رقبة منهما الكل واحد منهما النصف وانما يعتق من الثابت ربعه لانه
ان كان هو المراد يعتق نصفه وان كان المراد هو الداخل لا يعتق منه هذا النصف
فيعتق ربعه بخلاف الداخل لانه ان كان هو المراد يعتق كله وان كان المراد هو الثابت
لا يعتق منه شيء فيعتق نصفه او نقول الكلام الثاني اوجب عتق رقبة بين الثابت
والداخل فيعتق من الثابت نصفه شايعا نصفه في النصف الذي عتق بالكلام الاول
فلا يزداد ذلك نصفه وهو الربع في النصف الذي لم يعتق فلهذا يعتق ربعه يضم الى
النصف ولان الكلام الثاني اوجب عتق رقبة في حق الداخل دايرا بينه وبين الثابت
لانه صحيح في حق الداخل بكل حال لان المضموم الى الداخل عنده في حق الداخل لانه
عين ما الكلام الاول لم تتناول اليمين فيعتق منه نصفه اما في حق الثابت اوجب عتق
نصف رقبة بينه وبين الداخل لان الثابت حالا ولين فاعتاقه مضيعا الا
الخارج يوجب تردد العتق الاول بينهما فصار الكلام الثاني في حقه مترددا بين ان
يكون صحيحا وبين ان لا يكون فثبت عتق نصف رقبة بينه وبين الداخل فيصيب
الثابت الربع وهذا لان فساد الكلام الثاني بنشا من الثابت لا من الداخل فيعتبر
حالة الصحة في حق الداخل وحالة الفساد في حق الثابت واما مسئلة الطلاق قال
بعضهم هذا قول محمد رحمه الله اما على قولهما الايجاب الثاني صحيح كما ذكرنا في العتاق
ويسقط من مهر الداخلة ربعه ويكون لها ثلثة ارباع المهر ومنهم من قال المذكور قول الكل
والفرق لابي حنيفة ولابي يوسف والفرق ان العبيد لهم احوال ثلثة حالة العتق
وحالة الحرية وحالة مترددة وهي حالة الكتابة وعتق البعض والسعاية عند
ابي حنيفة والثابت اذا تردد حاله بين الرق والحرية كان محلا للعتق وامكن تصحيح
الكلام الثاني على كل حال اما النساء ليس لهن الا حالتان الثابتة بالنور طلقت
كلها فلا يصح الايجاب الثاني فلا بد من اعتبار الاحوال في الطلاق ولهذا قال بعض مشايخنا
رحمهم الله في العتق انه على قياس قول ابي يوسف رحمه الله في تحري الاعتاق ينبغي ان
يكون قوله مع محمد رحمه الله لان عتق البعض عندهما ليس بمحل للعتق هذا اذا كان القول
في الصحة فان كان في المرض فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف يعتق رقبة وثلثة ارباع رقبة
وعلى قول محمد رحمه الله يعتق رقبة ونصف فان كان ذلك يخرج من ثلث ماله فهذا وما لو كان
في الصحة سواء وان كان لا يخرج واجازت الورثة فكذلك وان لم يجيزوا قسم الثلث

منهم

منهم على قدر سهامهم ويحتاج الى حساب له نصف وربع واقله اربعة فاجعل
كل عبد اربعة فحق الخارج في سهمين وحق الثابت في ثلثة وحق الداخل عندهما في سهمين
فبلغ سبعة فاجعل ذلك ثلث المال واذا جعلنا ثلث المال سبعة كان جميعه احدا
وعشرين كل رقبة سبعة عتق من الخارج سهمان وسعى في خمسة ومن الثابت ثلثة وتسعى
في اربعة ومن الداخل سهمان وسعى في خمسة فيكون سهام السعاية اربعة عشر
وسهام العتق سبعة فاستقام الثلث والثلثان وعلى قول محمد رحمه الله سهام
الوصايا ستة وجميع المال ثمانية عشر والتخريج ما ذكرنا وان مات واحد من العبيد
قبل بيان المولى فنقول ان مات الثابت عتق الخارج والداخل عندهم لان الكلام
الاول داير بين الخارج والثابت فاذا انتفت مزاحمة الثابت عتق الخارج وكذا الثاني
داير بين الثابت والداخل فخلا الثاني من مزاحمة الثابت وهذا على قولهما ظاهر لان كل
واحد من الايجابين صحيح وكذلك عند محمد رحمه الله لان عنده متردد
بين الصحة وعدمها ما دام الكلام الاول دايرا بين الخارج والثابت فاذا
مات الثابت مات عبدا وتعين الخارج بالكلام الاول ويكون الكلام الثاني
صحيحا بكل حال فكان هذا قول الكل وان مات الخارج عتق الثابت بالكلام
الاول وبطل الكلام الثاني ضرورة وان مات الداخل يقال للمولى بين الكلام
الاول ان اوقعته على الثابت بطل الكلام عتق الثابت بالكلام الثاني وان
اوقعته على الثابت بطل الكلام الثاني لما قلنا وعلى رواية الامالي ان مات
الخارج عتق الباقيان لان على رواية الامالي الايجاب الثاني صحيح والعتق
عند البيان يقع مقصورا على البيان فاذا مات الخارج يتعين الثابت
بالكلام الاول فيتعين الداخل بالكلام الثاني ضرورة وقال المدبرين له وللعبد
في صحته احدكم مدبر واحد الباقيين حر ثم مات قبل البيان وقيمتهم
على السواء عتق من العبد نصفه من جميع المال ويسعى في نصفه ومن كل
واحد من المدبرين ربعه من جميع المال ويسعى في ثلثة ارباعه من الثلث لان قوله
احدكم مدبر اخبار بحقيقته لغو لخروج احد المدبرين عن مزاحمة ايجاب العتق
بقي ايجاب العتق دايرا بين العبد واحد المدبرين نصفه للعبد ونصفه للمدبر
الا انه ليس احد المدبرين باستحقاقه اولى من صاحبه فيكون بينهما لكل واحد منهما
الربع ولو بدا فقال احدكم حر واحد الباقيين مدبر عتق ثلث كل واحد منهم من

جميع المال وسعى العبد في ثلثي قيمته وعتق من المدبرين ثلث كل واحد منهما
من الثلث وسعى كل واحد في ثلث قيمته لان قوله احدكم حر انشا يحقيقته
شرعا مجربه واحد منهم فيثبت به عتق رقبة واحدة بينهم لكل واحد الثلث
وقوله واحد البا قيين مدبر حر بحقيقته لغة واكمل العمل بحقيقته لغة
لانه احد ان احد الباقيين بعينه مدبر والامر كما قال فيتعين وهذا
لا يشكل على قول ابي يوسف رحمه الله لان عنده قوله مدبر حر تقدم او اخرا اما
محمد رحمه الله يحتاج الى الفرق بين هذه المسئلة وبين المسئلة الثانية من الباب
لانه جعله ايجابا ثمه خبرا هنا وان كان الكلام الثاني هنا معطوفا على الانشا
كما كان معطوفا على الانشا ثمه والفرق ان ثمه قوله باسا والاخر مدبر له حظ
من الايجاب فامكن جعله ايجابا بحكم العطف بانه انه لو عني بقوله الاول حرا كان
حر القن لا يكون الثاني ايجابا لان الثاني مدبر فيكون خبرا ولو عني به المدبر كان
الثاني ايجابا لان الثاني ليس بمدبر فامكن جعله ايجابا فترجح جهة الايجاب بحكم العطف
اما هنا لاحظ للكلام الثاني من الايجاب اصلا لانه ان عنى بالايجاب الاول القن كان
كلا الباقيين مدبرا ولو عنى به احد المدبرين كان احد الباقيين مدبرا فصار جامعا
بين عبد ومدبر فاي الا احدكما مدبر فلم يقع التعارض في الثاني لترجح جهة الانشا
بحكم العطف فصار اخبارا قال مشايخنا رحمهم الله هذا على رواية الجامع اما على ما
ما ذكر في الزيادات يجب ان يعتق من العبد نصفه ونصف احد المدبرين من كل
واحد منهما ربعه كما في المسئلة الاولى ذكر في الزيادات فيمن كان له ثلثة اعبد
فقال في صحته احدكم حر ثم نظر الى العبدين وقال واحد الباقيين عبد كما هو عبد
في تلك المسئلة فاحد الباقيين هنا مدبر فيثبت ما ذكر في الزيادات قول محمد رحمه الله
وما ذكر هنا قول ابي يوسف وقيل في المسئلتين روايتان وجه رواية الزيادات
ان قوله واحد الباقيين عبد في مسئلة الزيادات وواحد الباقيين مدبر في مسئلة
الجامع بعد اخراج احدهما من حيز الايجاب الاول صار العتق الاول بين العبد واحد المدبرين
وصار كما لو نظر الى عبد بعينه وقال انت يا فلان عبد والى المدبر بعينه وقال انت
يا فلان مدبر يخرج عن حيز الايجاب الاول في العتق والتدبير كذلك هنا وهذا لان حمل كلام
العاقل على الافادة واجب ما امكن وهنا امكن حمله على الفائدة وعلى ما هو مستحق
عليه وهو البيان بان يجعل اخراجا لاحد المجهولين عما زعمه الزوج في العتق فقبل

عن

هذا الكلام كان العتق بين الثلاث ويقع بين المفرد واحد المجهولين الا ترى انه
لو قال احدكما حر ثم قال ان يكون احدكما عبدا كان اخراجا لاحدهما من العتق وكذا لو قال
احدكما ان يكون العتق الذي اوقعته بل هذا المفرد او احد هذين يخرج احدهما من
الايجاب وجه رواية الجامع ان قوله واحد الباقيين عبد في مسئلة الزيادات وقوله
واحد الباقيين مدبر في مسئلة الجامع لا يفيد شيئا وضع له لان هذا الكلام وضع للاخبار
ان احدهما عبد في مسئلة الزيادات وان احدهما مدبر في مسئلة الجامع عن عين
ونحن نعلم يقينا ان احد الباقيين عبد ومدبر فاذا لم يفد شيئا وضع له لم يعتبر في
حق خروجه عن حيز الايجاب الاول لانه انما يخرج عن كونه مزاحما اذا افاد الكلام ما وضع له
اما اذا لم يفد كان ذكره والسكوت سواء كما لو جمع بين حر وعبد وقال احدكما حر هذا لان
قوله احدكما عبد او مدبر ليس ببيان للعتق في القن واحد المدبرين حقيقة بل هو لاثبات
التدبير في احدهما لو كان بيانا كان بيانا بطريق الضرورة والضرورة في حق تعيين التدبير
والرق في حق العتق فلا يعتبر بخلاف ما لو نظر الى عبد بعينه وقال انت يا فلان عبد او
انت يا فلان مدبر لان هذا الكلام افاد شيئا وضع له لانه وضع للاخبار عن كونه عبدا او
مدبرا وما كنا نعلم ذلك قبل هذا الكلام فاذا اخرجه من ان يكون مزاحما في الايجاب
الاول وقوله احدكما حر انشا لاحتمل الخبر واذا لم يكن خبرا كان اخراجا لاحدهما عن المزاحمة
ثمه في قوله احدكم حر وانت يا فلان مدبر لاحدهما بعينه عتق نصف العبد ويسعى
في النصف وعتق من المدبر الذي لم يعينه نصفه ثم يقسم الثلث من تركة الميت على
ثلثة اسهم سهم للمدبر الذي عتق نصفه وسهمان للاخر لانه بقوله انت يا فلان مدبر اخرجه
عن الايجاب السابق فكان العتق بين العبد والمدبر الاخر ثم المدبر الذي عتق نصفه يستحق
نصفه عتاقا بالتدبير لان نصفه حر والمدبر الذي عينه يستحق عتاقا كاملا بالتدبير
السابق فيقسم الثلث بينهما على قدر حقهما اثلاثا قال محمد رحمه الله الا ترى انه لو قال لعبدين
له اسودين وعبدا ابيض احدكم حر ثم قال بعده لكل احد الاسودين عبد ثم مات قبل البيان
عتق من كل واحد منهم ثلثه وجعل قوله احد الاسودين عبد ذكره ولا ذكره بمنزلة لانه صادق
في خبره وصحة كل واحد منهما لم ينقطع لان كل واحد منهما بقول المعنى العبد غيري
ولو قال لاحد الاسودين بعينه انت يا فلان عبد كان عبدا كما قال وعتق من الابيض
نصفه ومن الاسود الاخر نصفه لان حجته قد انقطعت وهذا على رواية الجامع اما
على رواية الزيادات لا فرق بين الفصلين ولو قال لثلثة اعبد احدكم حر ثم جمع بين

اثنين وقال احدكما مدبر كان صحيحا بالاتفاق وهو بناء على ان العتق والتدبير لا يتجزى
احدكما مدبر لا يصح حرا وانهما قبل البيان يعتق نصف المفرد وربع كل واحد من المجموعين
بالعتق البات ونصفه بالتدبير الا انما يعتق بحكم التدبير يعتبر من الثلث لان بالكلام الثاني
اخرج احد المجموعين عن مزاحمة المفرد في العتق البات فبقي العتق البات بين المفرد وواحد
المجموعين فيعتق من كل واحد منهما نصفه وواحدهما ليس باولى من الاخر فيعتق من كل واحد
منهما نصفه بحكم التدبير ولو قال لمدبرين وعبد في صحته احدكم مدبر والباقيان حران
بين العبد وواحد المدبرين فيعتق من كل واحد منهما نصفه ولو بدا بالعتق فقال احدكم حر والباقيان
مدبران عتق ثلث كل واحد منهم من جميع المال وما بقي منهم من الثلث وهذا الجواب يجب
ان يكون على قول محمد رحمه الله لان قوله اولا احدكم حر انشاء تحقيقه شرعا لا محالة وقوله
بعد ذلك والباقيان مدبران كان انشاء ايضا لانه معطوف على الانشاء وعلى اصله ما يصلح
خبرا وانشاء اذا عطف على الانشاء يصير انشاء ويرجح معنى الانشاء بقضية العطف
الا ان انشاء التدبير معتبر في حق العبد غير معتبر في حق المدبرين فيصير ثلث العبد مدبرا
ويبقى ثلثا كل واحد من المدبرين مدبرا كما كان فاما على قياس قول ابي يوسف رحمه الله يجب
ان يعتق العبد كله لانه جعل قوله والباقيان مدبران خبرا فانصرف الى المدبرين فيتعين
ايجاب الحرية منا ولا للعبد بغير احد فيعتق كله ثم قال محمد رحمه الله في الاصل
بان العبد مدبر في وجهين حر في وجه فيعتق ثلثه من جميع المال وثلثاه بالتدبير
وانما عني به ثم انه ان اراد بالكلام الاول العبد فهو حر وان عنى بالكلام الاول
احد المدبرين فالعبد مدبر فاذا العبد مدبر من وجهين فان قيل احوال الحرمان احوال
والعبد يحرم فيها لكن يجاز ان يعتق ثلثه اما احوال الاصابة حالة واحدة وانما
يصيبه التدبير في حالين ولا يصيبه في حال فيجب ان يصير نصفه مدبرا لا ثلثه
قيل له من المشايخ رحمهم الله من قال ان احوال الاصابة احوال على رواية
الزيادات كاحوال الحرمان وتخريج هذه المسئلة على رواية الزيادات ولئن
كان تخريجا على رواية الجامع فنقول احوال الاصابة انما يعتبر حالة واحدة اذا كانت
احوال الاصابة صورة ومعنى فاما اذا كانت احوال الاصابة صورة واحوال الحرمان
معنى يعتبر الاحوال وهنا حال اصابة التدبير للعبد حال حرمان العتق فكانت حالة
الحرمان معنى فاعتبر حالتا الاصابة صورة لاعتبار حالتي الحرمان معنى ولو قال
احدكم حر والاخران المدبران عتق العبد من جميع والمدبران من الثلث لان المدبرين

حر من وجه

بالالف

بالالف واللام ينصرف الى المعهود وهما المدبران المعهودان فبقي قوله احدكم حر
متناولا للعبد لا غير فيعتق كله ولو قال لعبدين له ومدبر في صحته احدكم مدبر
والباقيان حران ثم مات عتق العبدان من جميع المال والمدبر من الثلث لانه لما قال
اولا احدكم مدبر كان هذا خبرا في حق المدبر وقوله والباقيان حران ينصرف الى العبدين ضرورة
ولو قال احدكم حر والباقيان مدبران عتق ثلث كل واحد منهم من جميع المال وما بقي
منهم من الثلث بحكم التدبير لانه لما قال اولا احدكم حر كان هذا انشاء تحقيقه شرعا
فلما قال بعد والباقيان مدبران عتق ثلث كل واحد منهم من جميع المال وما بقي منهم و
والباقيان مدبران كان هذا انشاء التدبير عندهم اما على اصل محمد رحمه الله ظاهر لانه
معطوف على الانشاء واما على اصل ابي يوسف رحمه الله فلانه لا يمكن ان يجعل خبرا لانه
ان عني بقوله احدكم حر المدبر فالباقيان عبدان وليسا بمدبرين وان عني به احد
العبدين فالباقيان عبد ومدبر وليسا بمدبرين ايضا فتعذر جعله خبرا فيجعل انشاء
ضرورة واذا جعل انشاء لا بد من اعتبار احوال التدبير والمدبر يستغني عن انشاء
التدبير فلا يعتبر انشاء التدبير في حقه فاما العبدان محتاجان الى التدبير
فيعتبر احوال التدبير في حقهما فيعتق كل واحد منهما ولذا التدبير في حالين بان عني
بالحر صاحبه او المدبر وليس بمدبر في حال وهو ما اذا اراد عناه فيصير ثلثا كل واحد
من العبدين مدبرا ويبقى ثلثا المدبر مدبرا على حاله فيعتق ثلثا كل واحد منهم بموته من
الثلث فيحتاج الى حساب له ثلث ولثلثيه ثلث واقله تسعة فصار كل رقبة
تسعة وعتق من كل واحد ثلثه بالعتق البات بقي ستة عتق منه ثلثها وهو سهمان
ويسعى كل واحد في اربعة فكان جملة السعاية اثني عشر وسلم لهم بالوصية ستة
ستة فاستقام الثلث والثلثان ولذلك لو كانوا عبيدا كلهم لا مدبر فيهم فقال احدكم
حر والباقيان مدبران يعتق من كل واحد منهم ثلثه من جميع المال والثلثان
بالتدبير من الثلث لان قوله احدكم حر ايجاب حرية ثلثهم وقوله والباقيان مدبران ايجاب
تدبير رقبتين منهم لجاحد الكل الى ذلك فيقسم تدبير رقبتين منهم على السوي فيصيب
كل واحد ثلثاه ووجه الحساب ما قلنا ولو بدا بالتدبير فقال احدكم مدبر والباقيان
حران عتق ثلث كل واحد منهم من جميع المال وما بقي منهم من الثلث لانه لما قال اولا
احدكم مدبر كان هذا انشاء تحقيقه شرعا فثبت به تدبير رقبة بينهم بالسوية والكلام
الثاني انشاء تحقيقه شرعا فيعتق من كل واحد ثلثاه من جميع المال بقي الثلث من كل

واحد منهم يعتق من ذلك ثلثه ويسعى في ثلثي الثلث فاجعل كل رقبة تسعة ليسلم لكل
واحد ثلثاه بالعتق الباتّ وذلك ستة وثلثا الثلث وهو سهم بالتدبير فبقي سهمان يسعى
كل واحد منهم في سهمين ولو قال لعبدين له ومدبر في صحته ثم مات على التسوية ولا مال له غيرهم
احدكم حر او مدبر لا يقع بهذا الكلام شيء وكذا لو قال احدكم مدبر او حر لان المعمول به
احد الكلامين نصفه لكلام لكله او وجد صار احد الكلامين معمولا به خبرا وهو قوله
او مدبر لانه صادق فيه فيبطل الاخر ولانه لما صار قوله احدكم مدبر خبرا صار لغوا في قوله
احدكم حر وقد اخرجه على التمثيل والتردد فلا يجعل ايجابا بالشك ولو قال اثنان
منكم مدبران فان كان له مال يخرج رقبتان من ثلثه عتق المدبر المعروف ونصف كل
واحد من العبدين ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته وان لم يكن له مال سواهم عتق
احد العبدين في المدبر المعروف من ثلثه لان هذا الكلام خبر في حق المدبر المعروف
انشاء في حق احد العبدين كانه قال للعبدين احدكما مدبر فاذا خرجت الرقبتان من الثلث
عتق المدبر ونصف كل واحد من العبدين وان لم يكن له مال سواهم عتق نصف المدبر المعروف
ويسعى في نصفه ويعتق من كل واحد من العبدين ربعه ويسعى في ثلثه فبلغ سهام
العتق اربعة وسهام السعاية ثمانية فاستقام ولو قال في صحته اثنان منكم حران او
مدبران ثم مات قبل البيان ولا مال له غيرهم عتق من كل واحد منهم ثلثه من جميع المال
ويقسم ثلث المال بينهم على سبعة للمدبر اربعة اسباع وللعبدين ثلثة اسباع بينهما
ويسعى [المدبر صح] في سبعي قيمته وكل واحد من العبدين يسعى في ثلثة اسباع قيمته وثلثي
سبع قيمته لان الثابت احد الايجابين بقضية كلمة او ومادام حيا يؤمر بالبيان فاذا
مات قبل البيان فيعتق كل واحد من الايجابين يثبت في حال دون حال فان كان المراد
العتق يستحق به رقبتين منهم فيعتق من كل واحد منهم ثلثاه وان كان المراد التدبير
لا شيء لهم من العتق فيتنصف فيعتق رقبة واحدة منهم فيعتق من كل واحد منهم
الثلث وان كان المراد التدبير يثبت تدبير رقبة واحدة لانه يصير جامعا بين عبد
ومدبر فالثلثان مدبران فيكون خبرا في حق المدبر انشاء في حق العبد اما على اصل ابي يوسف
رحمه الله فظاهر واما على اصل محمد رحمه الله فكذلك لانه غير معطوف على الانشاء حتى يترجح
معنى الانشاء بل هو كلام مبتدأ فكان الثابت تدبير رقبة وان اراد العتق
لا يثبت شيء من التدبير فيتنصف فيثبت تدبير نصف رقبة بين العبدين اذ لا حظ
للمدبر من انشاء التدبير وكان للمدبر تدبير كامل وصل اليه الثلث فيحقه في ثلثي

الرقبة

الرقبة وحق العبدين في نصف الرقبة فيضرب كل واحد بجميع حقه في الثلث فالمدبر
بثلثي رقبة والعبدان بنصفها فيحتاج الى حساب له ثلثان ونصف واقله ستة
فاجعل ثلث المال ستة وماله يوم الموت رقبتان وهي ثلث رقبة كل واحد منهم
فاذا جعلنا الثلث على ستة يضرب المدبر بثلثيه وهو اربعة والعبدان بنصفها وهو
ثلثة فصار سبعة فضاق الثلث عن سهام الوصايا ولا اصل لان الثلث متى ضاق
عن سهام الوصايا يجعل ثلث المال على ما يبلغ اليه سهام الوصايا ليستقيم الثلث والثلثان
فصار الثلث على سبعة اربعة اسباعه للمدبر وثلثة اسباعه للعبدين نصفين لكل
واحد منهما سهم ونصف فانكسر فاضرب سبعة في مخرج الكسر وذلك اثنان فصار
اربعة عشر فصار ثلث المال اربعة عشر وثلث مال الميت ثلث رقبة احدهم فاذا صار
الثلث اربعة عشر صار الثلثان ثمانية وعشرين والكل اثنان واربعون واذا صار الثلث
اربعة عشر يقول للمدبر ثمانية اربعة اسباعه وللعبدين ستة ثلثة اسباعه لكل واحد
منهما ثلثة فقد عتق من المدبر ثمانية ويسعى العبد في اثنين وعشرين والمدبر في ستة
فذلك ثمانية وعشرون ويسلم للمدبر ثمانية وللمدبر وللعبدين ستة فذلك اربعة عشر
فاستقام الثلث والثلثان وان اردت اكمال الرقبة وقد صار كل رقبة اربعة عشر
نزد على كل رقبة مثل نصفه وهو سبعة فصار كل رقبة احدا وعشرين وجميع الرقاب
ثلثة وستون فيقول عتق من المدبر سبعة بالعتق الباتّ بقي اربعة عشر يسلم له ثمانية
بالتدبير فصار السالم له خمسة عشر وهو خمسة اسباع رقبة لان كل سبع ثلثة ويسعى في
سبعي قيمته وهو ستة هذا معنى ما قال محمد رحمه الله في الكتاب ويسعى المدبر في سبعي
قيمته وقد عتق من كل واحد من العبدين [بالعتق صح] الباتّ سبعة بقي اربعة عشر يعتق ثلثه من
كل واحد بالتدبير فصار عشرة وذلك ثلثة اسباع وثلث سبع كل سبع ثلثة ويسعى كل
واحد في احد عشر وذلك ثلثة اسباع وثلثي سبع هذا معنى ما قال في الكتاب يسعى
كل واحد من العبدين في ثلثة اسباع قيمته وثلثي سبع قيمته هذا اذا كان القول في الصحة
وان كان القول في المرض عتق من المدبر المعروف ستة اسهم من ثلثة عشر ويسعى في
سبعة وعتق من كل واحد من العبدين ثلثة اسهم ونصف من ثلثة عشر ويسعى فيما بقي
ووجهه ان الاعتاق في مرض الموت وصية كالتدبير والوصايا تعتبر من الثلث فيضرب
كل واحد منهم بوصيته في الثلث وحق المدبر في عتق الرقبة وحق العبدين في رقبة
وسدس لان الثابت احد الكلامين على ما قلنا فان كان الثابت هو العتق الباتّ ثبت به

عتق رقبتين فاذا ازداد ثبت به عتق رقبة الا ان حق المدبر لا يزداد بهذا الكلام لانه
موصى له بجميع الرقبة فيعتق من كل واحد من العبدين ثلثه وان كان الثابت هو التدبير
به تدبير رقبة للعبدين على ما قلنا فاذا ازداد ثبت به عتق رقبة الا ان حق المدبر لا
يزداد بهذا الكلام لانه موصى له بجميع الرقبة فيعتق من كل واحد من العبدين ثلثه ولو كان
الثابت هو التدبير ثبت به تدبير رقبة للعبدين على ما قلنا فاذا ازداد ثبت به تدبير
النصف بين العبدين فصار لهما ثلثا العتق ونصف التدبير وذلك رقبة وسدس فجعلنا
كل رقبة ستة لضرب المدبر المعروف بجميع الرقبة ستة والعبدان سبعة فبلغ سهام
الوصايا ثلثة عشر جعلنا ذلك ثلث المال والثلثان ستة وعشرون فصار كل رقبة ثلثة
عشر يعتق من المدبر ستة ويسعى في سبعة ويعتق من كل واحد من العبدين ثلثه ونصف
ويسعى في تسعة ونصف فصار سهام الوصايا ستة وعشرين وسهام العتق للمدبر عشر
فاستقام الحساب فان مات بعض العبيد فالمسئلة على خمسين اما ان مات صح
في حياة المولى او بعد موته وكل ذلك على وجهين اما ان كان القول في الصحة او في
المرض فان كان القول في الصحة ومات المدبر في حياة المولى عتق من كل واحد
من العبدين نصفه بالعتق البات من جميع وربعه بالتدبير من الثلث لانه لما مات المال صح
المدبر والعتق البات كان بينهم فاذا انالث من احد المدبر كان بين العبدين فيعتق
من كل واحد منهما نصفه وربعه بالتدبير من الثلث لان نصف التدبير كان بين العبدين
فيعتق كذلك فان كان له مال اخر يخرجان من الثلث يعتق من كل واحد منهما ربعه بالتدبير
ويسعى في ربعه وان لم يكن له مال سواهم ولم يجز الورثة يعتق من كل واحد منهما
ربعه بالتدبير ويسعى في ربعه وان لم يكن له مال سواهم ولم يجز الورثة يعتق من
كل واحد منهما سدسه بحكم التدبير ويسعى في ثلثه لان احدهما عتق بالعتق
البات فبقي له عند الموت رقبة واحدة فكان ثلث ماله ثلث رقبة بينهما وان
كان القول في المرض فالعتق والتدبير كلاهما من الثلث وقد وجب للعبدين
رقبة بالعتق البات ونصف رقبة بالتدبير فذلك رقبة ونصف بينهما يعتق من كل
واحد ثلثه ارباعه ويسعى في ربعه ان كان ذلك يخرج من ثلث ماله او اجازت منهما صح
الورثة وان لم يكن له مال اخر ولم يجز الورثة كان ماله رقبتان عند الموت فثلثه
وهو ثلثا رقبة بينهما يعتق من كل واحد منهما ثلثه ويسعى في ثلثيه وان مات احد
العبدين دون المدبر وكان القول في الصحة عتق من كل واحد من الباقيين بالعتق البات

نصفه

نصفه من جميع المال والباقي من الثلث لانه لما مات احد العبدين بعد العتق
البات بين الباقيين فيعتق من كل واحد منهما نصفه وما بقي من المدبر يستحق
العتق بحكم التدبير وما بقي من العبد كذلك لان تدبير النصف كان بين العبدين
وبموت احدهما انصرف الى الباقي فصار النصف الباقي منه مدبرا ايضا فيكون
الثلث بينهما ان كان للمولى مال اخر وان لم يكن كان ثلث الرقبة بينهما فيعتق من كل
واحد منهما في الحاصل ثلثاه ويسعى في ثلثه هذا اذا مات احدهم قبل موت
المولى فان مات المولى ثم مات احدهم فان كان القول في الصحة ومات المدبر
قبل ان يسعى في شيء يسعى كل واحد من العبدين في ثمانية وعشرين سهما من احد
وخمسين من رقبته لان المدبر لما مات صار مستوفيا وصيته لان رقبته
في يده ولم يبق ما عليه من السعاية فيكون التوى على الكل لان التركة مشتركة
بين الورثة واصحاب الوصايا والمال المشترك اذا توى منه شيء يكون التوى
على الكل وليس صرف الهلاك الى البعض باولى من الاخر وانما يكون التوى على الكل
اذا قسم الباقي من التركة بين الورثة واصحاب الوصايا على السهام التي كانت
قبل التوى فان السهام لا تنتقص بهلاك البعض وانما ينتقص اخذ المال فوجب
النظر الى سهام الوصية قبل التوى ثم كان للعبدين فكان لهما ستة وللورثة
ثمانية وعشرون وكان للمدبر ثمانية وقد توى ما عليه فيقسم الباقي على قدر سهامهما
ونصيب العبدين ستة ونصيب الورثة ثمانية وعشرون فيصير الجملة اربعة وثلثين
ثلثا كل عبد سبعة عشر يعتق من كل واحد منهما ثلثه ويسعى كل واحد في اربعة عشر فصار
حقهما في ستة والمدبر استوفى وصيته ثمانية فبلغ سهام الوصايا اربعة عشر وسهام
السعاية ثمانية وعشرون وان اردت اكمال الرقبة وقد صار ثلثي رقبة كل رقبة سبعة
عشر زد على كل رقبة مثل نصفه وهو ثمانية ونصف فصار كل رقبة خمسة وعشرين ونصف
فانكسر بالنصف فاضرب مخرج الكسر في اصل الحساب فصار كل رقبة احدا وخمسين
عتق رقبة من كل واحد منهم ثلثه بالعتق البات وذلك سبعة عشر بقي اربعة وثلثون
حصل لكل واحد بالتدبير ستة لانه كان ثلثه من خمسة وعشرين ونصف فبحكم
التضعيف صار ستة ويسعى كل واحد في ثمانية وعشرين سهما من احد وخمسين من
رقبته فقد حصل لكل واحد ستة فيكون اثني عشر وللمدبر ستة عشر لانه كان له
قبل التضعيف ثمانية فمتى ضعفنا صار ستة عشر فيصير جملته ثمانية وعشرين وقد

سلم للورثة ستة وخمسون فاستقام الثلث والثلثان وان مات احد العبدين
بعد موت المدبر ولم يؤديا شيئا من السعاية سعى العبد الباقي في ثمانية وعشرين
من ستة واربعين جزءا ونصف جزء من قيمته لانه لما مات احد العبدين صار مستوفيا
ايضا وصيته وتوى ما عليه فيكون التوى على الكل فيقسم الباقي على السهام التي كانت
قبل التوى وسهام الورثة قبل التوى كان في ثمانية وعشرين وسهم كل عبد ثلثه
فيقسم الباقي على حدو ثلثين سهما سلم للعبد سهم وهو ثلثه ويسعى في ثمانية و
عشرين وقد سلم للمدبر ثمانية وللعبد الآخر ثلثه فيكون جملة سهام الوصايا اربعة
عشر وجملة سهام الورثة ثمانية وعشرون فاستقام الثلث والثلثان وان اردت
تكميل الرقبة رد على حدو ثلثين مثل نصفه وذلك خمسة عشر ونصف فيصير
ستة واربعين ونصفا سلم له ثلثه بالعتق البات وذلك خمسة عشر ونصف
وثلثه بالوصية ويسعى في ثمانية وعشرين من ستة واربعين جزءا ونصف من جميع
رقبته ولو مات العبدان وبقي المدبر سعى في ثمانية وعشرين من اربعة وخمسين
من قيمته لان حق المدبر كان في ثمانية وعشرين فيكون ستة وثلثين فيجعل ثلثي رقبته
ستة وثلثين سلم له ثمانية ويسعى في ثمانية وعشرين فيسلم للورثة ثمانية وعشرين وقد نفذنا
الوصية للمدبر في ثمانية ولكل واحد من العبدين في ثلثه فذلك اربعة عشر فاستقام
الثلث والثلثان واذا اردت اكمال الرقبة رد عليه مثل نصفه وذلك ثمانية عشر
فيصير اربعة وخمسين سلم له بالعتق البات ثلثه وذلك ثمانية عشر وبالوصية
ثمانية فذلك ستة وعشرون بقي الى تمام اربعة وخمسين ثمانية وعشرون فهذا معنى
ما قال في الكتاب يسعى في ثمانية وعشرين من اربعة وخمسين ولو مات عبد وبقي
عبد ومدبر فالمدبر يسعى في ثلثه وعشرين من ثمانية وخمسين ونصف والعبد يسعى
في ثلثه وثلثين من ثمانية وخمسين ونصف لان سهام الورثة كانت ثمانية وعشرين وسهام
المدبر ثمانية وسهام العبد الحي ثلثه فيكون الجملة تسعة وثلثين سهما فاقسم ثلثي رقبة
كل واحد منهما على تسعة عشر ونصف سلم للمدبر من تسعة عشر ونصف ثمانية ويسعى
في احد عشر ونصف ويسلم للعبد الحي ثلثه ويسعى في ستة عشر ونصف فاذا
ضممت ستة عشر ونصف الى احد عشر ونصف صار ثمانية وعشرين فيسلم للورثة
ثمانية وعشرون وقد نفذنا الوصية للمدبر في ثمانية وللعبد الحي في ثلثه وللعبد
الميت في ثلثه فذلك اربعة عشر فاستقام الثلث والثلثان واذا اردت تكميل

الرقبة

الرقبة رد على ثلثي كل رقبة مثل نصفها وذلك تسعة وثلثة ارباع فيصير الرقبة الكاملة
من كل واحد منهما تسعة وعشرون وربع فاضعف لتقل الكسر ان كان لا يزول فصار
كل رقبة ثمانية وخمسين ونصف عتق ثلث كل رقبة بالعتق البات وهو تسعة عشر
ونصف سقط ثلثي رقبة كل واحد منهما تسعة وثلثون سلم للمدبر ستة عشر
لان وصيته كانت ثمانية فاذا ضعفنا صار ستة عشر الى تسعة عشر ونصف
يصير خمسة وثلثين ونصف بقي ثلثه وعشرون يسعى في ذلك هذا معنى ما قال في
الكتاب يسعى في ثلثه وعشرين من ثمانية وخمسين ونصف من رقبته والعبد الحي ايضا
صار رقبته ثمانية وخمسين ونصف عتق ثلثه بالعتق البات وهو تسعة عشر ونصف
وسلم له ستة بالوصية فصار خمسة وعشرين ونصف سعى ثلثه وثلثون يسعى
في ذلك هذا معنى ما قال في الكتاب يسعى العبد في ثلثه وثلثين من ثمانية وخمسين
ونصف من رقبته فاجمع سهام الوصايا والسعاية فنقول سلم للمدبر ستة عشر وللعبد
الحي ستة وللعبد الميت ستة فيكون جملته ثمانية وخمسين فيستقيم الثلث و
الثلثان هذا اذا كان القول في الصحة فان كان في المرض ومات المدبر فنقول
لو لم يمت احدهم بعد موت المولى فكذا ان حق المدبر يكون في ستة وحق العبدين العتق
والتدبير في رقبة وسدس وحق الورثة في ستة وعشرين فاذا مات المدبر صار مستوفيا
وصيته بقي حق العبدين وذلك سبعة وحق الورثة وهو ستة وعشرون فيصير
ثلثه وثلثين فاجعل ما بقي من المال ثلثه وثلثين والباقي رقبتان فصار كل رقبة
من العبدين ستة عشر ونصف فيسلم لكل واحد منهما ثلثه ونصف ويسعى
في ثلثه عشر ويسلم للمدبر ثلثه ستة فبلغ سهام السعاية ستة وعشرين وسهام
الوصية ثلثه عشر فاستقام ولو مات احد العبدين يضرب المدبر بستة والباقي
بستة والعبد الباقي بثلثه ونصف والورثة بستة وعشرين فيصير خمسة وثلثين
ونصف فيصير كل رقبة سبعة عشر وثلثة ارباع انكسر بالربع فتضعفه فيصير
احدا وسبعين ثلثا كل رقبة خمسة وثلاثون ونصف فيسلم للمدبر اثني عشر
ويسعى في ثلثه وعشرين ونصف فحصل للورثة اثنان وخمسون وسلم للمدبر اثني عشر
وللعبد الباقي سبعة وقد استوفى الميت سبعة فيكون ستة وعشرين فاستقام
الثلث والثلثان ولو مات المدبر فحق المدبر في ستة وحق الورثة في ستة وعشرين
فذلك اثنان وثلاثون سلم العبدان وبقي المدبر ستة وبقي للمدبر ستة ويسعى

في ستة وعشرين سهم للعبدين بجهة فاستقام ولو مات المدبر واحد العبدين
يحق العبد الباقي في ثلثه ونصف وحق الورثة في ستة وعشرين فذلك تسعة و
عشرون ونصف سهم للعبد ثلثه ونصفه ويسعى في ستة وعشرين وقد استوفى
المدبر ستة والعبد الميت ثلثة ونصف فذلك ثلثة عشر فاستقام الحساب
ولو قال لهم في صحته انتم احرار او مدبرون وما تصل البيان فمعقول قوله او مدبرون
اخبار في حق المدبر ايجاب في حق العبدين فصار كانه قال انتم احرار او هذان مدبران
فاذا مات قبل البيان عتق نصف ما تقتضيه كل كلام فيعتق بالعتق البات رقبة
ونصف من كل واحد منهم نصفه وتدبير الرقبة بين العبدين فصار الباقي من العبدين
مدبرا والباقي من المدبر مدبر كما كان فكان الثلث بينهم فان خرجوا من الثلث او اجازت
الورثة عتقوا وان لم يكن له مال غيرهم ولم يجز الورثة كان الثلث بينهم وماله رقبة
ونصف فثلثه وهو نصف رقبة يكون بينهم لكل واحد منهم سدس الرقبة وقد عتق من
كل واحد منهم نصفه بالعتق البات فيعتق من كل واحد منهم ثلثاه ويسعى في ثلثه
فان كان القول في المرض كان العتق والتدبير معتبرا من الثلث فيقسم الثلث بينهم
بالسوية لان كل واحد من العبدين موصى له بجميع الرقبة نصفه بالعتق ونصفه بالتدبير
والمدبر موصى له بجميع رقبته ولا يزداد حقه على رقبته فكان بينهم بالسوية ثم سال محمد
رحمه الله في الكتاب على نفسه سوالا فقال ينبغي ان لا يعتق من المدبر المعروف شيء بالعتق
البات لان قوله انتم احرار عام فصار كانه قال لكل واحد انت حر او مدبر ولو قال
هذا لا حظ للمدبر من العتق لكونه صادقا في احدهما والجواب ان في تلك المسئلة انما
بطل الكلام في المدبر لان الكلام في حقه يتردد بين ان يكون ايجابا او خبرا فصار كانه قال
انت حر او غير حر فلا يصير ايجابا بالشك اما هنا جمع بين اثنين بين صحيحين لان ايجاب
الحرية انشاء في حق الكل فصار كانه قال انتم احرار او هذان مدبران ولو نص على هذا يسهم
كان الحكم بما قلنا ولو قال انتم احرار او احدكم مدبر كان باطلا لان احد شطري
الكلام صدق وخبر فيبطل الاخر كانه قال انتم احرار او غير احرار ولو قال كل واحد
منكم حر او مدبر فهذا الكلام لغو في حق المدبر لان هذا الكلام ثنا وبل كل على سبيل الانفراد
كانه قال لكل واحد منهم انت حر او مدبر ولو نص عليه لا يصح في حقه وهو صحيح في حق العبدين
فكل واحد منهما نصفه بالعتق البات من جميع المال ان كان في الصحة ويعتق
النصف الباقي بالتدبير من الثلث ان لم يكن له مال آخر كان له رقبتان عند الموت وثلثه

ذكر المدبر اسا في حق العبدين ثم

حر في حال مدبر في حال فيعتق من كل واحد منهما

ثلثا

للعبدين ثلث رقبة

ثلثا رقبة بينهم للمدبر المعروف من ذلك ثلث رقبة وثلثاها لكل واحد منهما سدس
رقبة فحاصل سلم للمدبر ثلث رقبة ويسعى في ثلثيه ويسلم لكل واحد من العبدين
ثلثا رقبة ويسعى في ثلثه وان كان القول في المرض ولا مال له سواهم كان العتق والتدبير
وصية فصار كل واحد منهم موصى له بجميع الرقبة ٥ والله اعلم

باب من الوصايا التي يوصى فيها بنصيب

بعض الورثة او بمثل نصيبه ٥ اصل الباب ان الوصية بنصيب وارث موجود لا يصح
وبنصيب وارث معدوم او بمثل نصيب وارث موجود او معدوم يصح لان الوصية
بنصيب الوارث تغيير المشروع وهو جعل ما جعله الشارع للوارث لغيره
ولان نصيب الوارث ما يرثه الوارث بعد موته وما يرثه الوارث بعد موته
ملكا للوارث فيكون الوصية من المورث حاصله بملك الوارث فلا يصح اما اذا
اوصى بنصيب وارث معدوم فليس فيه تغيير حكم الشرع لان الشرع ما جعل
للمعدوم شيا وليس هذا ايضا وصية بملك الغير لان المعدوم لا يصلح مالكا
فكان موصيا بملك نفسه الا انه جعل نصيب الوارث المعدوم معيارا للوصية
في المقدار وللموصي ان يقدر الوصية بما شاء ويصير تقديره كانه قال اوصيت
لفلان بثلث مالي او بربع مالي وكذا الوصية بمثل نصيب وارث موجود
ليس وصية بملك الوارث ولا تغيير حكم الشرع لان مثل الشيء غيره لكن
يساويه في بعض الاوصاف فكان معيارا ومقدارا وكذا الوصية بمثل نصيب وارث
معدوم بل اولى لانه لما صحت الوصية بنصيب وارث معدوم فبمثل نصيبه اولى
ثم اذا اوصى بمثل نصيب وارث موجود ينظر الى وارث نصيب ذلك الوارث ويعطى
للموصى له مثل ذلك واذا اوصى بنصيب وارث معدوم يزاد ذلك الوارث على عدد
الورثة ويقسم المال بينهم ثم يعطى نصيب الذي زيد به للموصى له واذا اوصى بمثل نصيب
وارث معدوم يزاد ذلك الوارث على عدد الورثة ويقسم المال عليهم ثم يزاد مثل
نصيب الذي زيد به على عدد الورثة على سهام الورثة فيعطى الموصى له ذلك النصيب
لان مثل الشيء غيره وبعادله فرق بين الوصية وبين الاستثناء فان في الوصية
قال لا يصح الوصية بنصيب الوارث والاستثناء بنصيب الوارث من الوصية
صحيح حتى لو مات وترك ابنا واوصى لرجل بنصيب ابنه لا يصح ولو اوصى بمثل
نصيب ابنه الا مثل نصف ابن آخر او نصيب ابن آخر يصح وللموصى له ثلث المال

والفرق ما ذكرنا ان الوصيه بنصيب الوارث يعتبر حكم الشرع او بصرف في نصيب
الابن وحقه بخلاف الوصيه بمثل نصيب. اما الاستثنا استرجاع بعض الوصيه
في تقرير نصيب الابن وايجا لما اورد المستثنى وايجاب عين نصيب الابن صحيح فذكر
النصيب ومثل النصيب معيار للمسترجع وتقدير له وليس تصرف في نصيب
الوارث ولا يعتبر حكم الشرع ثم فرق في الوصيه بين نصيب الابن المعدوم وبين
مثل نصيب الابن المعدوم وفي الاستثنا سوى بينهما فقال اذا ترك ابنا واوصى
بنصيب ابن اخر لو كان فللموصى له نصف المال ولو اوصى بمثل نصيب ابن اخر فللموصى
له ثلث المال وفي الاستثنا اذا ترك ابنا واوصى لرجل بمثل نصيب ابنه الا نصيب ابن
اخر او الا مثل نصيب ابن اخر فللموصى له ثلث المال والفرق ما اشار اليه محمد رحمه الله
فقال مثل نصيب الابن يحتمل غيره فيصل المستثنى ويكثر الوصيه ويحتمل عينه قال الله
تعالى ليس كمثله شي وانما ذكر المثل هنا على معنى ان يكون نصيب الابن معيار المسترجع
فوقع الشك في المستثنى والشك في الاستثنا شك في الوصيه وفي مثل هذا الصحيح
من مذهب اصحابنا رحمهم الله انه يعطى الموصى له الاقل لانه متيقن وانما حمل المثل
في الايجاب على الغير تصحيحا للوصيه وفي الاستثنا لم يوجد ما يوجب الحمل على
المغاير لانه رد على الورثه وتكثير لانصبائهم ولهذا لو اوصى بمثل نصيب ابنه الا
نصيب احدهم يصح الاستثنا فعرف انه لو حمل على المغاير يقل الاستثنا ويكثر
الوصيه ولو حمل على المعيار يقل الوصيه ويكثر الاستثنا فكان حمله على المعيار اولى
اما لان فيه تكثير حق الورثه الثابت ثابتا بالله تعالى او لان حق الورثه ثابت بيقين
وقع الشك في البطلان فلا يبطل بالشك وفي الحمل على الغير تكثير حق الموصى له وتقليل
حق الورثه الثابت ثابتا بالله تعالى واثبات حق الموصى له بالشك فحمل على المعيار لهذا
وجوزنا ان الوصيه بعد الثلث لا يتوقف نفاذها على الاجازه لانه تصرف في حقه
وفيما زاد عليه يتوقف على اجازتهم لانه يصرف في حقهم والاصل فيه ما روى عن سعد بن
مالك رضي الله عنه انه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم اوصى بمالي كله قال عليه السلام لا
قال فبنصفه قال لا قال فبثلثه قال عليه السلام الثلث والثلث كثير لان تدع ورثتك
اغنيا خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس اخر الحديث ان الوصيه باكثر
من الثلث لا تجوز لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الثلث كثيرا في منع الزيادة وجعله
قليلا في حق الجواز اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل مات وترك ابنتين وعما واوصى

لرجل

لرجل بنصيب بنت فالوصيه باطله اجازت الورثه او لم يجيزوا لانه اوصى بنصيب
بنت موجوده لا بعينها لان اللفظ بحقيقته تناول الموجوده ونصيبها فلا يصرف الى
المعدومه ولا الى مثل نصيب البنت لانه ليس بمذكور ولا دل عليه المذكور فاذا انصرف
اليه لم تصح الوصيه لما قلنا ولا يعمل الاجازه فان قيل اذا اجازت الورثه وجب ان يصح
لانها لم يصح لما فيها من ابطال ملك البنت وقد رضيت كما لو اوصى لاجنبي بجميع ماله واجازت
الورثه وكما لو اوصى لبعض الورثه واجاز الباقون او اوصى لعبد له واجازوا قيل له التصرف
انما يتوقف على اجازة الغير وينفذ باجازته اذا كان ممن يتوقف التصرف على اجازته بعلوها
كما في الوصيه بجميع المال والوارث والعامل وهنا مجهول لانها توقف على اجازة احد البنتين
ولان الوصيه بجميع المال وصيه بملكه الا انه تعلق به حق الورثه لان المال ملكه في الحال
وتصرفاته فيه نافذ اما الوصيه بنصيب الوارث وصيه بملك الغير لان التركه انما
تصير نصيب الوارث بعد الموت فيكون وصيه بملك الوارث فان قيل على الوجه الاول
لو اجازتا وجب ان يجوز قيل له لا يجوز لانها لو نفذت نفذت على احديهما لانه اوصى بنصيب
احديهما ولا يدري من جهة ايهما نفذت الوصيه حتى يترتب حكم النفاذ في حقها وحكم
البطلان في حق الاخرى حتى لو قال اوصيت بنصيب هذه الابنه لو اجازت بعينها فاجازت
بعد موته يصح ويكون هبه منها لانه اضاف الوصيه الى نصيبها فينفذ منها كما لو اوصى
بمال اجنبي لرجل ثم مات الموصي فاجاز صاحب المال الوصيه صحت ويكون هبه
من صاحب المال للموصى له فان قيل وجب ان تنصرف هذه الوصيه الى نصيب الابنه
المعدومه او الى مثل نصيب الابنه الموجوده تصحيحا للوصيه قيل الابنه
اسم للموجوده فلا ابنه والمعدومه لا حقيقه ولا مجازا واذا اوصى بنصيب بنت
معدومه تعذر موجوده لتقدير الوصيه والابنه هنا موجوده فلا يمكن التقدير ولا
يمكن ان يصرف الى مثل نصيب البنت لان الوصيه بنصيب البنت غير الوصيه بمثل نصيب
البنت على ما بينا فلا يكون تصحيحا للمذكور ولو قال بمثل نصيب بنت فللموصى له الربع
اجازت الورثه او لم يجيزوا اما الجواز فلانه لم يوص بنصيب البنت حتى يكون موصيا
بملك الغير وانما اوصى بملك نفسه واما عدم اشتراط الاجازه فلان هذه وصيه باقل
من الثلث فلا يتوقف على الاجازه وبيانه انا نزيد على البنتين بنتا اخرى لان اسم البنت
ينصرف الى البنت الموجوده وقد اوصى بمثل نصيبها فكانه اوصى بمثل نصيب اخرى لبنتي
فانين فما حد الفريضه التي يستقيم على الورثه وذلك بثلثه فكل بنت سهم وذلك

ثلثه فلكل بنت سهم وذلك ثلثان وللعم سهم وذلك الثلث فاظهر نصيب البنت الواحدة
ثم زد ذلك على اصل الفريضة لانا لو لم نزد ذلك واعطينا للموصى له سهما من ثلثة بقي حينئذ
سهمان فيكون للبنتين من ذلك الثلثان والباقي للعم فنصيب كل بنت ثلثا سهم وقد صار
الموصى له سهما كاملا وهذا لا يجوز فلهذا زدنا سهما على اصل الفريضة فصار المال اربعة ولانه
اوصى له بمثل نصيب البنت ونصيب البنت بعد تنفيذ الوصية وذلك سهم من ثلثة فزاد
سهم على اصل الفريضة فصار اربعة سهم للموصى له ثم يقسم ثلثه لكل بنت سهم وللعم سهم واذا
ظهر ان هذه وصية بربع المال لا يحتاج الى الاجازة ولو اوصى بنصيب ابن فان اجازت الورثة
فللموصى له نصف المال وان لم يجيزوا فله الثلث اما جواز الوصية فلانه ما اوصى بملك الابن
لانه جعله معدوما بل اوصى بملك نفسه وجعل نصيب الابن معيارا للوصية كانه قال اوصيت لك
بنصيب ابن لو كان بخلاف ما لو كان الابن موجودا لان اسم الابن يتناول الموجود وان كان قد
يستعمل في المعدوم لانه حقيقة في الموجود لوجود معنى النسوة فيه واما للموصى له النصف
ان اجازت الورثة لان العم محجوب بالابن ونصيب الابن النصف ونصيب البنتين النصف
ولا شيء للعم فيعطى للموصى له النصف والنصف الباقي بين البنتين والعم اثلاثا لان القسمة
بين الورثة بعد تنفيذ الوصية فصار هذا النصف على ثلثة واذا صار هذا النصف ثلثة صار
نصيب الموصى له ايضا ثلثة فصار الفريضة من ستة للموصى له النصف ثلثة ولكل بنت سهم وللعم
سهم او نقول احد الفريضة من اثنين سهم للموصى له بقي سهم بين البنتين والعم اثلاثا لا يستقيم
ضربنا ثلثة في اصل المسئلة فصار ستة وان لم يجيزوا فللموصى له الثلث والفريضة من تسعة لان
اصل الفريضة من ثلثة سهم للموصى له بقي سهمان لا يستقيم على البنتين والعم اثلاثا فضربنا ثلثة
في اصل المسئلة وذلك ثلثة فيصير تسعة ثلثه للموصى له ولكل بنت سهمان وللعم سهمان والفرق بين
هذه المسئلة وبين المسئلة الاولى فان ثمه صحح الفريضة على الورثة الموجودين ثم زاد نصيب الموصى
له على اصل الفريضة وههنا لم يصحح عند الاجازة بل قدر الابن موجودا وجعل العم محجوبا
به لان ههنا اوصى بنصيب من يحجب العم فلا يمكن تصحيح الفريضة بين البنت والعم وزيادة
نصيب الابن عليها لان الزيادة على الشيء يقتضي تحديد المزيد عليه والعم لا يرث مع الابن وفيما
تقدم اوصى بنصيب من لا يحجب الوارث الموجود فامكن ان يجعل الوصية زيادة على الفريضة
ولو اوصى بمثل نصيب ابن لو كان فللموصى له الثلث اجازت الورثة او لم يجيزوا والفريضة
من تسعة لانه اوصى بمثل نصيب ابن فلا بد من ان يزيد على عدد الورثة ابنا حتى يظهر
مثل نصيبه فصار كانه ترك ابنا وابنتين وعما فيكون للابن النصف وللابنتين النصف

ولا

ولا شيء للعم وحق الموصى له في نصيب الابن فيزداد مثل نصيب الابن وذلك سهم على
سهمين فصار ثلثة للموصى له سهم بقي سهمان ثلثاه للبنتين وثلثه للعم كان كل المال
هذا فانكسر بالثلث فاضرب مخرج الكسر وذلك ثلثة في اصل الفريضة فصار تسعة كان
للموصى له سهم ضربناه في ثلثة فصار ثلثة وللورثة سهمان ضربناهما في ثلثة فصار ستة
فالثلثان وذلك اربعة للبنتين والباقي وهو سهمان للعم ولو قال بنصيب بنت لو
كانت فللموصى له تسعا المال اما جواز الوصية فلان ابنا لو كانت معدومة واما الكون
له تسعا المال فلان الفريضة من سبعة وعشرين سهما للموصى له ستة ولكل بنت سبعة
وللعم سبعة لانه جعل البنات ثلثة فكان لهن الثلثان والباقي للعم فيكون الفريضة
من ثلثة ثلثاه وذلك سهمان للبنات ثلث على ثلثة لا يستقيم عليهن فانكسر بالثلث فاضرب
مخرج الكسر وذلك ثلثة في اصل الفريضة وذلك ثلثة فصار تسعة للبنات الثلثان
وذلك ستة فيكون نصيب بنت لو كانت سهمان من تسعة فنصيب الموصى له تسعا المال
فيعطى له نصيبه بقي سبعة بين الابنتين والعم اثلاثا فانكسر بالثلث فاضرب مخرج الكسر
وذلك ثلثة في اصل المسئلة وذلك تسعة فصار سبعة وعشرين كان للموصى له سهمان
ضربناهما في ثلثة فصار ستة وهو تسعا سبعة وعشرين بقي احد وعشرون
بين الابنتين والعم اثلاثا ثلثاه وهو اربعة عشر للبنتين لكل واحدة سبعة
سبعة فان قيل قد اوصى بنصيب البنت ونصيب البنت هنا سبعة من سبعة وعشرين
ونصيب الموصى له ستة من سبعة وعشرين فيكون نصيبه اقل من نصيب البنت قيل له
الموصى ما اوصى له باحدى البنتين الموجودتين وانما اوصى له بنصيب بنت لو كانت
هنا بنت ثالثة لكل واحد تسعا المال فوقعت التسوية بين الموصى له وبين البنت فيما
اعتبره الموصى وانما يظهر التفاوت بعد ذلك باعتبار القسمة الثانية اما بحكم
القسمة الاولى فنصيب الموصى له نصيب بنت لو كانت له كما فان قيل قد ذكر محمد رحمه الله
في اول الباب اذا اوصى بمثل نصيب ابنة فللموصى له سهم من اربعة وههنا ذكر ان له
تسعا المال ولا فرق بين المسئلتين لان الوصية بنصيب ابنة لو كانت والوصية
بمثل نصيب الابنة سواء الا ترى انه لو ترك ابنين واوصى لرجل بمثل نصيب ابن او اوصى
بنصيب ابن لو كان كانا سواء ويعطى الموصى له ثلث المال في الحالين من غير فرق
في هاتين المسئلتين ايضا قيل له ذكر الجصاص عن القاضي ابي حازم انه لا فرق
بين المسئلتين عند ابي يوسف رحمه الله وفي مسئلة اول الباب يعطى الموصى له تسعي

المال ستة من سبعة وعشرين ايضا فلا يحتاج الى العرف والعرف لمحمد رحمه الله انه
متى اوصى بمثل نصيب ابنة لا يحتاج الى ان يزيد بنتا اخرى لكن ناخذ اصل الفريضة
التي يستقيم بين البنتين والعم وذلك ثلثه فنزيد عليه سهما فيصير اربعة وكان للموصى
له الربع وهو ما ردنا فاما اذا اوصى بنصيب بنت لو كانت لا يمكن العرف الا ان بنت
موجودة لانه نص على خلافه فكان موصيا له بنصيب بنت معدومة فيحتاج الى ان
نزيد على الاثنتين بنتا ثالثة ثم ناخذ فريضة يستقيم بينهم فصار كان الميت ترك ثلث
بنات وعما فصارت الفريضة الفريضة من ثلثة ثم صارت تسعة ثم سبعة وعشرين
كما قلنا فاما مسألة الابنين لما اوصى بنصيب ابن لو كان نزيد ابنا اخر لانه موجود فيأخذ
فريضة يستقيم بين الابنين وذلك سهمان فظهر ان نصيب احدهما سهم فزدنا سهما فصار
ثلثة فاعطينا سهما للموصى له كما فعلنا في مسألة اول الباب واذا اوصى بنصيب ابن لو كان
كان موصيا بنصيب ابن معدوم فزدنا ابنا كان الميت ترك ثلث بنين كما فعلنا في هذه
المسألة فناخذ اصل الفريضة التي يستقيم على ثلثة وذلك ثلثة اسهم فظهر ان نصيب ابن
لو كان سهم من ثلثة وقد اوصى له بعين ذلك فيكون للموصى له ثلث المال في الحالين فلهذا
يتحد الجواب عند التخريج في مسألة الابن ويختلف في مسألة البنت وذكر في الزيادات
رجل مات وترك ابنا واما واوصى لرجل بنصيب ابنة لو كانت فالوصية من سبعة
عشر سهما خمسة للموصى له وسهمان للام وعشرة للابن ووجهه انه لو لم يكن هناك وصية
كانت المسألة من ستة سهم للام وخمسة للابن فاذا اوصى بنصيب بنت لو كانت فنصيب
البنت نصف نصيب الابن فزاد على الفريضة سهمان ونصف فيصير ثمانية ونصف
فيضعف للكسر فيصير سبعة عشر للموصى له خمسة يعطى اثني عشر بعشر سهام الميراث
فما بقي فيقسم بينهما اسداسا وهذا التخريج بوافق تخريج مسألة اول الباب وعلى قياس
التخريج الثاني ينبغي ان يكون للموصى له خمسة من ثمانية عشر لان البنت لو كانت موجودة
كان الفريضة من ستة سهم للام وخمسة بين الابن والبنت اثلاثا لا يستقيم فضربت
ثلثة في اصل المسألة وذلك ستة فيصير ثمانية عشر للبنت خمسة وللام ثلثة وللابن
عشرة قالوا ما ذكر في الزيادات قول محمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف وما
ذكر في الجامع الرواية الاخرى عن ابي يوسف وقيل ما ذكر في الجامع جواب القياس
وما ذكر في الزيادات جواب الاستحسان وهو الاصح كما ذكر في الزيادات لانا لو
قسمنا على ثمانية عشر واعطينا خمسة للموصى له بقي ثلثة عشر لو اعطينا للام

السدس

سدس جميع المال ثلثه لا يبقى للابن خمسة اسداس المال بل يبقى له عشرة من ثمانية
عشر فيكون ضرر الوصية على الابن خاصة وقسمة المال بين الام والابن اسداسا ثابتا
بالكتاب فلا يجوز تغييرها ولان سهام الورثة تعتبر بعد تنفيذ الوصية بالنص
والاجماع وهاهنا اعتبار سهام الام قبل الوصية ولو قسمنا ثلثة عشر بين الام والابن
اسداسا يكون للابن عشرة اسهم وخمسة اسداس سهم فلا يكون الخمسة نصف نصيب
الابن وانه خلاف ما ثبت بالكتاب وخلاف ما اوجبه الموصي فلهذه الضرورة جعلنا المسألة
من سبعة عشر ولو مات عن امرأة وابن واوصى لرجل بنصيب ابن اخر لو كان
واجاز الورثة فللموصى له سبعة من خمسة عشر وللمرأة سهم وللابن سبعة لان اصل
الفريضة من ثمانية سهم للمرأة وسبعة للابن ثم نزيد للموصى له مثل نصيب الابن
سبعة فيكون خمسة عشر فكانت الوصية اكثر من الثلث فلهذا قال واجازت الورثة
وهذا على جواب الاستحسان اما على جواب القياس المسألة من ستة عشر للموصى له
سبعة كما لو مات وترك ابنين وامرأة ووجه الاستحسان ما ذكرنا انا لو جعلنا الفريضة
من ستة عشر واعطينا للموصى له سبعة يبقى تسعة فاما ان يكون للابن سبعة و
ثمان وللمرأة سهم وثمن او للابن سبعة وللمرأة سهمان وكل واحد منهما لا يجوز وكذا لو ترك
امرأة وابنا واوصى لرجل بمثل نصيبه لان الوصية بمثل نصيب ابن قائم والوصية
بنصيب لو كان سواء ولو كان البنون ثلثة كان لكل ابن ثلث المال استشهد رحمه الله فقال
الا ترى انه لو ترك ابنين واوصى لرجل بثلث ماله ولاوصى لاخر بنصيب ابن ثالث لو كان
واب الورثة ان يجيزوا كان للابنين ثلثا المال والثلث بين الموصى لهما نصفين لان
الوصية بنصيب ابن ثالث لو كان وصية بثلث المال لان نصيبه ثلث المال فاستويا
وهذا قول محمد رحمه الله اما عند ابي يوسف رحمه الله يقسم الثلث بينهما اخماسا ثلثة
الاخماس للموصى له بالثلث وخمساه للاخر لانه لو اجازت العصبات كان للموصى له
بالثلث ثلث المال ثم يكون الباقي بين البنين الثلثة فيصير المال تسعة للموصى له بالثلث
ثلثة ولكل ابن سهمان فيتصادقان بذلك عند عدم الاجازة وانما استشهد محمد رحمه الله بهذا
البيان ان الوصية بنصيب ابن لو كان وصية بمثل نصيب الابن القائم ثم فرع على مسألة
الاستشهاد فقال لو اوصى لرجل بثلث ماله ولاخر بمثل ابن ثالث لو كان ولم يجز الورثة
كان الثلث بينهما على خمسة لانه قدر بنصيب ابن ثالث سوى بينه وبين الابن الثالث ولو
كان البنون ثلثة كانت المسألة من تسعة ثلثة للموصى له ولكل ابن سهمان على ما ذكرنا والصحيح

يكون

في هذا ما روى عن محمد رحمه الله في النوادر ان الثلث بينهما اسباعا اربعة اسباعه للموصى له بالثلث وثلثه اسباعه للآخر لان صاحب الثلث لو انفرد بالوصية كان له ثلث المال والآخر لو انفرد كان له ربع المال لانه يقدر الابن الثالث موجودا ثم يزاد على الثلثة مثل نصيب احدهم ضرورة ان مثل الشيء غيره وكل ما انضم اليه مثل له كان المضموم ربعه وكانت وصية بربع المال فيحتاج الى حساب له ثلث وربع واقله اثنا عشر حق صاحب الثلث في اربعة وحق الآخر في ثلثة فيتضاربان بذلك عند عدم الاجازة وعلى قول ابي يوسف رحمهما الله يقسم الثلث بينهما انصافا لانه لو اجيزت الوصية لما كان للموصى له بالثلث الاربعة من اثني عشر ويقسم بين الابنين الاربعة لكل ابن سهمان فيكون للموصى له بالنصيب سهمان من اثني عشر وللآخر اربعة فلهذا يقسم انصافا بخلاف الوصية بنصيب ابن ثالث لان ذلك وصية بالثلث على ما ذكرنا ولانه لما اوصى بنصيب ابن ثالث فقد سوى بينه وكل واحد من الابنين ولما اوصى بمثل نصيب ابن ثالث فما سوى بينه وبين احدهما وانما سوى بينه وبين الثالث فمحمد رحمه الله اعتبر في هذه المسائل حالة الاجتماع بحالة الانفراد ولابي يوسف رحمه الله اعتبر حالة عدم الاجازة بحالة الاجازة واوضح محمد رحمه الله الفرق بين الوصية بنصيب وارث معدوم وبين الوصية بمثل نصيب وارث معدوم فقال الا ترى انه لو ترك ابنين واوصى لرجل بنصيب ابن ثالث ولم يجز الابنان كان للموصى له ثلث المال ولو اوصى له بمثل نصيب ابن ثالث كان له ربع المال ولو ترك بنتا واختا وعما او ابن عم او عصبة اخرى مثل الاخ او ابن الاخ واوصى لرجل بنصيب ابن فاجازت الورثة الوصية يكون للموصى له ثلثا المال ان اجازت الورثة والثلث بين البنت والعصبة نصفان اما جواز الوصية فلما ذكرنا واما للموصى له الثلثان لانا نجعل كانه مات وترك ابنا وبنتا وعما يكون للابن الثلثان وللبنت الثلث ولا شيء للعم فظهر انه اوصى له بثلثي المال فاذا اجاز انفذ وكان للموصى له سهمان من ثلثة وسهم بين البنت والعم لا يستقيم ضعفنا فصار ستة اربعة للموصى له وسهم للبنت وسهم للعم وان لم تجز الورثة كانت الفريضة من ثلثة لان الوصية ترد الى الثلث فيكون المسئلة من ثلثة سهم

سهم للموصى له وسهم للبنت وسهم للعم ولو اوصى له بمثل نصيب ابن فللموصى له خمسا المال ان اجازت الورثة والفريضة من عشرة لانا ورثنا ابنا وبنتا فكان للابن سهمان وللبنت سهم ثم يزيد مثل نصيب الابن وذلك سهمان لان مثل الشيء غيره فيصير خمسة للموصى له سهمان بقي ثلثة بين البنت والعم لا يستقيم ضربنا اثنين في اصل المسئلة وذلك خمسة فيصير عشرة اربعة للموصى له وهو خمسا العشرة وثلثة للبنت وثلثة للعم وان لم يجيزوا فله الثلث لما ذكرنا استشهد رحمه الله فقال الا ترى انه لو ترك ابنين واوصى بمثل نصيب ابن رابع لو كان كان للموصى له خمس المال وما بقي فهو بين الابنين لان مثل الشيء غيره فكان غير نصيب الابن الرابع ولو اوصى له بنصيب ابن رابع كان له الربع لانه اوصى له بنصيبه لا بمثل نصيبه ولو ترك اخا واختا واوصى لرجل بنصيب ابن لو كان واجازا كان للموصى له جميع المال لانه يقدر الابن موجودا ولو كان موجودا كان له الكل وان لم يجيزا فله الثلث ولو اوصى بمثل نصيب ابن لو كان وقد اجازا فللموصى له نصف المال لانه يقدر موجودا ثم يزاد عليه مثل نصيبه وكل شيء زدت عليه مثله كان الزائد نصف الجملة فيكون له النصف والباقي بينهما وان لم يجيزا فله الثلث ولو ترك بنتا واختا واوصى لرجل بنصيب بنت لو كانت واجازا او لم يجيزا فله الثلث لانه اوصى بنصيب وارث لا يحجب الموجود فتصح الفريضة بين الوارثين انصافا ثم يزاد مثل نصيب البنت وذلك سهم فيصير ثلثة للموصى له سهم ولولم تصح الفريضة اولا لكن تقدر البنت الاخرى موجودة فكذلك كانه مات وترك بنتين واختا ولو اوصى بمثل نصيب بنت لو كانت كان له الربع ونجعل كانه مات وترك بنتين واختا فيكون المسئلة من ثلثة ثم يزيد عليها مثل نصيب احدى البنتين لان مثل الشيء غيره فيصير اربعة وهذا باتفاق الروايات ولو اوصى بنصيب بنت ثالثة فكذلك على جواب الزيادات لانه لما اوصى بنصيب الثالثة والثالثة لا تتصور بدون الثانية فقد ترك نصيب البنت الاولى والثانية للورثة فنجعل كانه مات عن بنتين واخت فيكون المسئلة من ثلثة ثم يزاد عليها نصيب الثالثة فيصير من عشرة مسئلة اول الباب فلا فرق بين الاخت والعم لانها عصبة مع البنات وعلى رواية الجامع له تسع المال كانه مات عن ثلاث بنات واخت اذ لا فرق بين ابنتين واخت او بين بنتين وعم ولو ترك ابا وابنا واوصى لرجل بنصيب ابن لو كان او بمثل نصيب ابنه فان اجازا كان للموصى له خمسة من احد عشر لان المسئلة من ستة سهم للاب وخمسة

للابن سهم يزاد على الفريضة مثل نصيب الابن وذلك خمسة فيصير احد عشر وهذا على رواية
الزيادات اما على رواية الجامع له خمسة من ستة عشر كانه ما قد ترك ستين وابا
وان لم يجيزا كانت المسئلة من تسعة على الروايتين لان الوصية تقدر بالثلث يتقدم على
الميراث فيعطى له الثلث والباقي بينهما على قدر حقهما فرع في الزيادات فقال ان اجاز
الاب وانا لم يجز الابن فنقول عند عدم الاجازة له ثلثه من تسعة وعند اجازتهما خمسة
من احد عشر فاضرب تسعة في احد عشر فيصير تسعة وتسعين ثلثه ثلثه وثلاثون في حالة
عدم الاجازة له الثلث وحالة الاجازة خمسة من احد عشر فاضرب خمسة في احد عشر
فيصير خمسة وخمسين فانما يسلم له باجازتهما اثنى عشر سهما من حصة الاب وعشرة
من حصة الابن فاذا اجاز احدهما ثم في ثلث المال ما يحصل له باجازته انا جاز الاب
كان له خمسة وثلاثون وان اجاز الابن كان له ثلثه واربعون ثم سال الكتاب على نفسه
سوالا فقال اذا اجاز الابن ينبغي يجمع بين نصيبه ونصيب الموصى له ويقسم بينهما نصفين لانه
قام مقام ابن اخر وانا جاز الاب يضم ثلث المال الى نصيب الاب فيقسم بينهما اثلاثا لان
الموصى له قام مقام ابن اخر وحق كل واحد من الابنين كان في الثلث وحق الاب في السدس ثم
اجاب فقال الموصى اوصى له بنصيب الابن من جميع المال لا من نصيب الابن خاصة فلو قسمنا على ما
قلتم كان تنفيذ الوصية من حصة بعض الورثة وانه لا يجوز استشهد رحمه الله فقال الا ترى
انه لو ترك ابنين واوصى لرجل بمثل نصيبهما فان اجازا كان للموصى له النصف لانا نجعل المال بين
الاثنين على سهمين ثم نزيد مثله فيصير اربعة فكان له نصف المال وان لم يجيزا فله الثلث
وان اجاز احدهما دون الاخر فنقول عند عدم الاجازة له سهم من ثلثة وعند الاجازة سهمان من
اربعة فنضرب ثلثة في اربعة فيصير اثنى عشر له عند عدم الاجازة اربعة وعند الاجازة ستة
فايهما اجاز اخذ سهما من نصيبه فيصير له خمسة وللمجيز ثلثة ولغير المجيز اربعة وان
مات وترك ستين واوصى لرجل بثلث ماله ولاخر بنصيب ابن ثالث او بمثل نصيب احد ابنيه فان
لم يجيزا عند ابي يوسف رحمه الله يقسم الثلث بينهما على خمسة لانه يعتبر حال عدم الاجازة بحالة
الاجازة وعند محمد رحمه الله نصفان لانه يعتبر حالة الاجتماع بحالة الانفراد على ما ذكرنا فان
اجازا وصية صاحب الثلث كانه ثلث المال وللاخر مثل ما يكون له حال عدم الاجازة للموصى
ويجعل في حقه كانهما لم يجيزا للاخر فعند ابي يوسف رحمه الله حال عدم الاجازة للموصى
له بالنصيب سهمان من خمسة عشر فيعطى لصاحب الثلث الثلث وللاخر سهمان من خمسة عشر
والكل من اربعة وعند محمد رحمه الله حال عدم الاجازة لكل واحد السدس فلصاحب الثلث

بالاجازه

الاجازة ولا حق سدس المال والنصف بين الاثنين وان اجازا للموصى له بالنصيب على
قول ابي يوسف للموصى له بالثلث ثلثه من خمسة عشر للموصى له بالنصيب ثلث ما بقي اربعة
لان حقه عند الاجازة في ثلث ما بقي وعند محمد رحمه الله للموصى له بالثلث سدس المال ثلثه
من ثمانية عشر واما بين الابنين والموصى له بالنصيب اثلاثا لان عند حق الموصى له بالثلث
عند عدم الاجازة في السدس بقي خمسة اسداس المال بينهم انكسر الاثلاث ضربنا اصل
المال وذلك ستة في ثلثة فيصير ثمانية عشر للموصى له بالثلث ثلثه وللاخر ثلثه ونصيبهما
الى ما في يد الابنين ويقسم بينهما اثلاثا لانهما لما اجازا وصيته كان نصيبه مثل نصيب
كل واحد منهما وان اجازا جميعا للموصى له بالنصيب نظرا الى حالة الاجازة وعدمها وله في
حالة الاجازة خمسة من ثمانية عشر وحال عدم الاجازة السدس ثلثه من ثمانية عشر فانما اخذ
باجازتهما سهمين فاذا اجاز احدهما احدهما من نصيب المجيز فيكون له اربعة من ثمانية
عشر وروى بشر في الامالي عن ابي يوسف رحمهما الله رجل ترك ابنين واوصى لرجل بنصف
ماله ولاخر بمثل نصيب احدهما ولم يجز الورثة نضرب الموصى له بالنصف في الثلث بنصف
المال والاخر بسدس المال ووجهه ان الوصية للاجنبي بعد الثلث تقدم على الميراث ولا
تتوقف على الاجازة فيقسم الثلث بينهما على قدر حقهما وعنده لا يبطل حق الضرب بالوصية
بعدم الاجازة فيضرب بالنصف وحق الاخر في مثل نصيب احد الابنين ونصيب الابنين
ثلثا المال وحق الموصى له مثل حق احدهما فيصير الثلثان بينهم اثلاثا فيحتاج الى حساب
له ثلث ولثلثه ثلث واقله تسعة حق الموصى له بالنصف في نصفه اربعة ونصف
وحق الاخر في ثلثا الثلثين وذلك سهمان فنضرب كل واحد منهما بحقه في الثلث فان اجازا وصيتهما
فاحدهما صاحب النصف اربعة ونصف تمام حقه والاخر سهمان تمام حقه فيكون سبعة سهام وستة ونصف
ونصف ولو اوصى لرجل بمثل نصيب احد الابنين ولاخر بمثل نصيب الاخر فان اجازا
كان لهما نصف المال وللابنين نصف المال لان قبل الوصية نصيب كل ابن منهم سهمين
فاذا اوصى بمثله ومثل الشيء غيره صار نصيب كل ابن سهمين وصار المال اربعة لكل
واحد ربع المال وان لم يجيزا فالثلث بينهما وان اجاز لاحدهما فله الربع اعتبارا بالوجود
الاجازة لهما وللذي لم يجيزا السدس اعتبارا بعدم الاجازة وان اجازا احدهما دون الاخر
فللذي اجاز ربع المال اعتبارا باجازتهما وللذي لم يجيزا الثلث اعتبارا بعدم الاجازة

باب ـــــــــــــــــــ ما يوجب الرجل على نفسه فيلزمه
او لا يلزمه اصل الباب ان التعارض متى وقع بين الدليلين يوجب التساقط ويصير

كان لم يكن لانه لا يمكن العمل للتدافع بينهما فان كل واحد منهما يدفع صاحبه ولا باحدهما
لانه ليس احدهما باولى من الاخر فيجب التساقط ضرورة لتعذر العمل بهما او باحدهما
الا اذا كان الحكم مما يقبل الشركة فيعمل بهما في حق الحكم وان لم يعمل في حق السبب كالواحد يدعيا
نكاح امراة فاقاما البينة لا تقبل بينتهما ولا بينة احدهما في حال حياتها ولو اقاما البينة
بعد موتها تقبل بينتهما في حق الميراث هذا اذا لم يكن لاحدهما ضرب ترجيح على الاخر اما اذا كان
لاحدهما ضرب ترجيح بدليل يوجب الترجيح يسقط اعتبار المرجوح ويعمل بالراجح لان
المرجوح لا يصلح معارضا للراجح فيبطل في نفسه كالولاء في نتاج دابة في يد رجل واقاما
البينة ووقت سنه كل واحد منهما وقتا فان كان سن الدابة مشكلا يقضى بينهما وكذا
اذا لم يوقتا وان كان سنها على غير الوقتين وعلم ذلك بطلتا البينتان للتيقن
بكذبهما ومعارضتهما في الشهادة وان كان سنها موافقا لاحد الوقتين فمن يقضى له
لترجح جانب الصدق في حقه وان كان التعارض بين الوصفين يسقطان ويبقى الذات
لان التساقط امر ضروري فيتقدر بقدر الضرورة ولا ضرورة فيما لا يعارض فيه فيجب اعمال
الدليل فيه فيسقط ما فيه التعارض ويبقى ما وراءه وهو الذات كما ذكر في الجامع الصغير
اذا قال ان كان غدا رمضان فانا صائم منه وان كان من شعبان فعن واجب اخر ان ظهر انه
من رمضان وقع الصوم عنه لان التنافي بين الجهتين فيبطل الجهتان ويبقى اصل النية
وصوم رمضان يتادى بمطلق النية وان ظهر انه ليس من رمضان لا يقع عن الواجب لانه بطلت
الجهة واصل النية لا يكفي لاسقاط الواجب وكذا لو شهد واحد انه طلق امراته رجعية
واخر انه طلقها بائنا يقضى بتطليقة رجعية للمنافاة بين الوصفين فبطلا ويبقى اصل
الطلاق وخرج اخران صوم رمضان او المنذور بعينه يتادى بمطلق النية وكذا يتادى
بنية النفل وقضاء رمضان او المنذور بغير عينه او صوم الكفارة او بجهة المنذور
او الواجب قضاء لا يتادى الا بتعيين النية وقال مالك رحمه الله ان كان يعلم ان
اليوم من رمضان ونوى النفل لم يكن صائما وان كان لا يعلم جاز صومه عن النفل لان الخطاب
باداء الفرض لا يتوجه عليه الا بعد العلم به وقال ابن ابي ليلى ان كان يعلم ان اليوم من
رمضان جاز صومه عن الفرض وان كان لا يعلم به لم يكن صائما لانه قصد عند عدم العلم
كان الى اداء النفل والنفل غير مشروع في هذا اليوم فهو كنية الصوم في الليل
وانه لغو وعند الشافعي رحمه الله ان نوى النفل لم يكن صائما وان اطلق فله فيه وجهان
قال لان صفة الفرضية قربة كاصل الصوم فكما لا يتادى اصل الصوم الا بالنية فكذلك

الصفة

الصفة وبانعدام الصفة ينعدم الصوم ضرورة وعلى هذا لو اطلق النية لا يجوز والثاني
ان بنية النفل صار معرضا عن النفل لما بينهما من التباين فصار كاعراضه بترك النية ولا
يجوز ان يصير ناويا للصوم المشروع في هذا الوقت بنية النفل فانه لو اعتقد
المشروع فيه انه نفل يكفر وعلى هذا لو اطلق النية يجوز لانه ما صار معرضا بهذه النية
ولنا حديث علي وعائشة رضي الله عنهما انهما كانا يصومان يوم الشك وكانا يقولان
لان نصوم يوما من شعبان احب الينا من ان نفطر يوما من رمضان وانما كانا يصومان
بنية النفل لاجماعنا على انه لا يباح صوم يوم الشك بنية الفرض فلولا ان عند النية
يجوز الصوم عن الفرض والا لم يكن لهذا التحرز منهما معنى ثم هذا صوم عين
فيتادى بمطلق النية كالنفل ومعناه انه هو المشروع فيه وغيره ليس بمشروع اصلا
والمتعين في زمان كالمتعين في مكان فيتناول باسم الجنس كما يتناول باسم النوع ومعنى
القربة في اصل الصوم يتحقق لتحقق الاختيار للعبد فيه ولا يتحقق في الصفة اذ لا
اختيار فيها فلا يتصور منه ابدال هذا الوصف بوصف اخر في هذا الزمان فيسقط
اعتبار نية الصفة وبنية النفل لغى بالاتفاق لان النفل غير مشروع في هذا الوقت
والاعراض عن الفرض يكون بنية النفل فاذا لغى بنية النفل لم يتحقق الاعراض وهو نظير الحج على
قوله وبه يبطل قوله انه لو اعتقد فيه انه نفل يكفر وهذا لان النية شرطت لتعيين
جهة العبادة في العمل اذ العمل قد يقع عادة ويقع عبادة ومطلق النية كاف لهذا فانه
يقطع التردد وكذا نية النفل فتعيين جهة العبادة بعد ذلك انما يشترط لتمييز الجهة
من الجهة وهذا انما يحتاج اليه عند تعدد الجهات وتساويها فاما عند تعين المشروع
فلا حرج على هذا القضاء والنذور والكفارات لان المشروع في ذلك الزمان متنوع وبعض
الجهات يساوي البعض فلا بد من التمييز وافتقاره الى التعيين ما كان لانه عبادة
فانه خارج رمضان عبادة بمطلق النية بل لمزاحمة غيره وعبادة الصوم في رمضان لا يكون
الا فرضا بخلاف خارج رمضان بخلاف الصلاة في اخر الوقت لان المشروع متعدد
ولم يترجح صلاة الوقت لان الوقت لما كان متسعا لها وللقضاء والنفل لم يترجح احدهما
على الاخر فبعد ذلك التضييق جاء من تاخيره وفعل العبد لا يغير حكم الشرع ووضعه
فيبقى الحكم على ما كان وهو تزاحم الفرض مع غيره اما هنا لا حاجة الى تعيين الجهة لان العبادة
تنصرف اليها ضرورة انعدام جهة اخرى وهذا لانه صار جانيا بالتاخير الى هذا الوقت
وليس اثر الجناية في سقوط ما كان واجبا عليه بل اثره في التغليظ وهو كالكافر

مبحث

اذا اسلم في اخر الوقت ولم يبق من الوقت مقدار ما يمكنه اداء الصلاة فيه فانه يجب
عليه لانه جاني بالتفريط الى هذا الوقت فيعجز عن الاداء لا يؤثر في عدم الوجوب اذا
عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل عليه عتق رقبة من ظهار واخرى من قتل فاعتق رقبة
عنهما لم يجز عن واحد منهما ويكون تطوعا لانه نوى شيئين متنافيين ولا رجحان لاحدهما
على الاخر لان كل واحد من الكفارتين في العتق على السواء ولا يمكن اثبات النصف عن كل واحد
منهما لان هذا النصف مما لا يمكن تكميله بالنصف الاخر فبطلا فصار كانه كبر ينوي الظهر
والعصر جميعا تبطل النيتان كذلك هنا بخلاف ما اذا اعتق نصف عبده لان اعتاق النصف
عندهما اعتاق الكل وعند ابي حنيفة رحمه الله التكميل ممكن باعتاق النصف الباقي بخلاف
ما اذا اعتق نصف عبد مشترك وهو لانه عتق النصف عليه وفسد النصف الباقي
على شريكه وما ينقص بسبب الفساد لم يكن على ملك العتق فلم يوجد اعتاق رقبة كاملة
فلا يجوز ولو اعتق رقبة عن ظهارين او افطارين اجزاه عن احدهما استحسانا وبه اخذ
علماؤنا الثلاثة رحمهم الله ولم يجز قياسا وبه اخذ زفر رحمه الله لانه لما نوى عنهما وقع عنهما
لانهما تعارضا ولا رجحان لاحدهما على الاخر فوقع عن كل واحد منهما نصفه فلا يجوز كما لو
اختلف الجنس وانا نقول بان نية التعيين في الجنس المتحد لغو لانه لا يفيد لانه
غير محتاج اليه فبقي اعتاق رقبة عن الظهارين فيجوز كمن عليه قضاء ايام من رمضان فعليه
نية الصوم عن القضاء وليس عليه تعيين اليوم بخلاف كفارة الظهار مع القتل لان
الجنس قد اختلف فاعتبر نية التعيين فوقع عن كل واحد منهما عتق نصف العبد الا ترى
انه لو كان عليه صوم يومين احدهما من قضاء رمضان والاخر من نذر فصام يوما عنهما لا يجزيه
عن احدهما ويكون تطوعا لان الجنس قد اختلف فاعتبرت نية التعيين ولانه نوى
شيئين احدهما نية اصل التكفير عن الظهار والثاني التكفير عن المرأتين والاول محتاج اليه
والثاني غير محتاج اليه لا لصحة التكفير ولا لازالة الحرمة اما لصحة التكفير فانه لو
اعتق رقبة عن الظهار ولم ينو عن واحدة منهما يصح واما لازالة الحرمة لانها لا يزول
عنهما سواء اعتق رقبة عنهما او عن واحدة منهما لا بعينها فيعتبر ما هو المحتاج اليه
ويلغو ما لا يحتاج اليه فصار كانه اعتق رقبة عن كفارة الظهار ولم ينو الكفارة عنهما
ولو كان كذلك صح فكان له الخيار في صرف العتق الى ايتهما شاء بخلاف ما اذا اختلف
الجنس لانه نوى شيئين اصل التكفير وانه محتاج اليه ونوى عنهما وانه ايضا محتاج
اليه فانه لو نوى الكفارة ولم ينو عن القتل والظهار لا يسقط عنه كفارة القتل والظهار

واذا

واذا اعتبرت بينهما توزعت الرقبة الواحدة على الكفارتين فصار معتقا
عن كل كفارة نصف الرقبة ولو ان رجلا كبر ينوي الظهر والتطوع اجزاه عن الظهر
في قول ابي يوسف وبطلت نية التطوع وقال محمد رحمه الله بطلت النية ولا
يصير شارعا في احدهما وكذلك الصوم اذا كان عليه قضاء يوم من رمضان
فنوى من الليل ان يصوم غدا عن القضاء والتطوع فعند ابي يوسف رحمه الله يصير
صائما عن القضاء وعند محمد رحمه الله يصير صائما عن التطوع وروى الحسن بن زياد
عن ابي حنيفة مثل قول ابي يوسف لمحمد رحمهما الله انه نوى شيئين متنافيين
ولا مزية لاحدهما على الاخر وهما لا يجتمعان بحال والشروع في كل واحد يصلح مبطلا
للاخر فوجب ان يبطلا جميعا كما لو نوى الظهر والعصر او الظهر من يومين او العصر
من يومين وانما قلنا ذلك لان بين الفرض والنفل تنافيا فان الصلاة الواحدة لا
يكون فرضا ونفلا ولا رجحان لاحدهما على الاخر في الوجود وصلح كل واحد منهما مبطلا
للاخرى لو طرأت احداهما على الاخرى فاذا قارن اولى ان يمنع فيندفع نية الفرض
بنية النفل ونية النفل بنية الفرض فبقي التكبير بغير نية فلا يجزيه ثم فرق محمد
رحمه الله بين الصوم والصلاة فان في الصلاة قال بطلت النيتان ولا يصير شارعا
اصلا وفي الصوم قال يصير شارعا في التطوع والفرق ان المنافاة بين الفرض والنفل
في الصلاة ثابتة من كل وجه حتى ان الصلاة الواحدة لا تكون فرضا ونفلا ولو
اعترضت نية احداهما على الاخرى تبطل الاولى وتصير شارعا في الثانية سواء كان
في الفرض فنوى فرضا اخر او نفلا او كان في النفل فنوى فرضا او نفلا اما المنافاة
بين صوم الفرض والنفل ثابتة من وجه دون وجه حتى ان الصوم الواحد لا يكون
فرضا ونفلا لكن لو اعترضت نية احدهما على الاخر لا يبطل الاول ولا يصير شارعا
في الثاني فاذا قارن لا يصلح مانعا فلم تبطل النيتان باعتبار المنافاة لكن باعتبار
ان اعتبارهما غير ممكن فيلغو نية الجهتين ويبقى اصل النية الا انه لا ينحط رتبة
المنافاة وفي الصلاة تبطل النيتان اصلا ووصفا لقوة المنافاة عملا بالدليلين
بقدر الامكان ولابي يوسف رحمه الله وجهان احدهما انه نوى شيئين الا ان احدهما وهو
نية الفرض محتاج اليه ونية التطوع لا لانه يصير شارعا فيه بمطلق النية
فيلغو ما لا يحتاج اليه ويعتبر ما يحتاج اليه كما لو باع قلبا وعبدا بمائة درهم
ونقد من الثمن بقدر القلب وافترقا فانه ينصرف المنقود الى حصة القلب لمكان

نوى الظهر والتطوع

فرق حسن

وانه يكفي للتطوع اذا قلنا تبطل الجهة

الحاجة بخلاف ما نوى الفرض ثم نوى التطوع حيث تعتبر نية التطوع حتى يصير شارعا
فيه خارجا عن الفرض لان نية التطوع في الانتهاء محتاج اليها الا ترى انه لو نوى الفرض
ثم نوى اصل الصلاة لا يعتبر خارجا عن الفرض وانما يعتبر خارجا اذا نوى التطوع لانا
تيقنا بدخوله في الفرض فلا يخرج بالشك ومطلق نية الصلاة كما يتناول النفل يتناول
الفرض اما في الابتداء نية التطوع غير محتاج اليها بدليل انه لو نوى اصل النية صار
شارعا في التطوع فاعتبرت هنا نية التطوع فصار شارعا في النفل فيخرج من الفرض
بخلاف الابتداء والثاني انه نوى شيئين متنافيين الا ان لا جمع لهما حجان وهو الفرض
لانه اقوى فيغلب الاضعف كما قلنا في نكاح الحرة مع الامة اذا اجتمعا كان نكاح الحرة
اولى بالجواز وهذا لان الالغاء انما يصار اليه للضرورة والضرورة تندفع بالغاء الادنى
فاعتبر الاقوى كما لو احرم ينوي حجة الاسلام والتطوع كان محرما عن الفرض لما
قلنا وكذا لو وضعت جنازة بين يديه فكبر ينوي الظهر وصلاة الجنازة لم يكن داخلا في شيء
منها عند محمد رحمه الله لان كل واحد من الصلاتين ينفي الاخرى ولم يذكر قول ابي يوسف
رحمه الله واختلف المشايخ رحمهم الله على قوله قال بعضهم لا يصير شارعا في شيء منهما
لان نية صلاة الجنازة محتاج اليها فاعتبرت كنية الظهر فتعارضتا بخلاف نية
الظهر مع التطوع لان نية التطوع غير محتاج اليها وهو اشارة الى العلة الاولى وقال بعضهم
يصير شارعا في الظهر وهو الاصح وهو اشارة الى العلة الثانية لان الظهر اقوى من صلاة
الجنازة لان صلاة الجنازة ليست بصلاة مطلقة فكانت صلاة الصلاة المطلقة اقوى
فيلغو نية الادنى ويعتبر نية الاعلى ولو كبر على جنازة فاتيت باخرى ووضعت قدامه
بجنبها فان كبر الثانية ينوي الصلاة على الاولى او عليهما او لا نية له فهو في الصلاة على
الاولى على حاله يتمها ثم يستقبل الصلاة على الجنازة الثانية لانه نوى ما هو موجود
عند عدم النية يكون فعله ما هو مستحق عليه والمستحق عليه اتمام الصلاة الاولى ولان
تقارن التحريمة الاولى يمنع دخوله في الثانية بخلاف ما اذا نوى في الابتداء الصلاة عليهما
وان كبر ينوي الصلاة على الجنازة الثانية فهو رافض للاولى شارع في الصلاة على الثانية
لان الصلاة على كل جنازة فرض على حدة ومن كان في فريضة فكبر ينوي فريضة اخرى
كان رافضا للاولى شارعا في الثانية رجل شرع في الظهر ثم كبر ينوي التطوع فقد افسد
الظهر ودخل في التطوع وكذا لو كبر للتطوع ثم شرع في الظهر لان نية التطوع محتاج
اليها فاعتبرت بخلاف التطوع في الابتداء عند ابي يوسف رحمه الله على ما ذكرنا ان رجل

تصحيح

كبر على جنازة فاتي باخرى ثم

رجل عليه ظهر وعصر من يومين لا يدري ايهما قبل او يدري فكبر لهما جميعا لم يكن داخلا
في واحد منهما عندهم جميعا اما على اصل محمد فلا يشكل واما على اصل ابي يوسف فلان
كل واحدة من النيتين محتاج اليها وكل واحد منهما في القوة على السواء فاندفعت كل
واحدة من النيتين بالاخرى بخلاف ما اذا نوى التطوع والظهر وقالوا على قول ابي يوسف
ينبغي ان يصير شارعا في التطوع بناء على ما ذكرنا في كتاب الصلاة ان للصلاة جهة واحدة
عند محمد رحمه الله فاذا بطلت الجهة بطلت الصلاة وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
بطلان الجهة لا يبطل اصل الصلاة والتنافي هنا في الجهة فبطلت الجهة وبقيت اصل
النية كما في الصوم اصله ان يصلي الجمعة اذا خرج وقتها وهو في الصلاة ثم قهقه لا
تنتقض طهارته عند محمد رحمه الله لخروجه من الصلاة بفساد الجمعة بخروج وقتها
وعندهما يصير متطوعا فتنتقض طهارته بالقهقهة فيها وذكر في نوادر الزكاة اذا ظن
القوم ان الامام كبر فكبروا ولم يكن الامام كبر فقهقه بعض القوم لا وضوء عليهم لانه
لا يصح شروعهم في الصلاة قبل الامام فضحكهم لم يصادف حرمة الصلاة وذكر في كتاب
الصلاة لو كبر القوم ثم كبر الامام ثم كبر القوم يكونوا شارعين في صلاة الامام ويكون
تكبيرهم هذا قطعا لما كانوا فيه وشروعا في صلاة الامام فهذا يدل على انه يصير
شارعا في الصلاة بالتكبير قبل تكبير الامام من اصحابنا رحمهم الله من يقول موضوع
المسئلة هناك اذا نوى اصل الصلاة ونوى الاقتداء بالامام فصحت نية الصلاة ولم يصح
نية الاقتداء فيكون شارعا في صلاة نفسه وموضوع المسئلة هنا انه نوى صلاة الامام
ولم يصح نيته حين لم يكبر الامام فلم يصر شارعا اصلا قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله
والاصح ان ما اجاب به في كتاب الصلاة قول ابي يوسف وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة
رحمهما الله لان بفساد الجهة عندهما لا يفسد اصل الصلاة فكذلك في الابتداء وان لم يصح نية
الجهة تبقى نية اصل الصلاة وعلى قول محمد رحمه الله بفساد الجهة يفسد الاصل فكذلك
ببطلان الجهة يبطل نية الصلاة ولا يصير شارعا فيه وذكر في الزيادات اذا قال رجل
لله علي ان اصلي ركعتين وقال اخر مثل ذلك فاقتدى احدهما بالاخر جازت صلاة الامام دون
المقتدي بمنزلة تغاير الفرضين وكذا لو شرع رجل في التطوع منفردا وشرع رجل
اخر في التطوع منفردا ثم افسدا ثم اقتدى احدهما بالاخر في القضاء لا يجوز صلاة
المقتدي واشار هنا الى انه لا يصير شارعا في الصلاة حتى انه لو قهقه لم يكن عليه وضوء
وهكذا ذكر في باب الحدث من الصلاة وقال في باب الاذان يصير شارعا في الصلاة

فيهم بينهما بعد خروج وقتها

زيادات ص

حر ثم اقر انه ح

اليد ثم اقر انه حر ثم اشتراه يكون لفلان اذا صدقه فلان كانه اقر له ثم اقر بحريته
ولو اقر انه لفلان ثم اشتراه يكون حرا ولا شيء لفلان رجل ظن ان عليه صوم يوم من رمضان
فاصبح ينوي قضاءه ثم علم انه ليس عليه فالافضل له ان يمضي فان افطر لا قضاء عليه
عند علمائنا الثلثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله عليه القضاء وكذا لو ظن ان عليه
صلاة الفرض وركعتين اوجبهما على نفسه فدخل فيها ثم تبين انه ليس عليه ولو احرم للحج
على ظن انها عليه عن حجة الاسلام او المنذور ثم تبين انها ليست عليه مضى فيها ولزمته
وهي تطوع بالاتفاق وكذا لو تصدق على مسكين بزكاة ماله نوى ادائها عليه ثم تبين انها
ليست عليه مضت الصدقة تطوعا وليس له ان يسترد بالاجماع وذكر الطحاوي رحمه الله
في الصلاة عن ابي حنيفة مثل قول زفر وكذلك المكفر بالصوم اذا ايسر في خلال اليوم
فالاولى ان يتم صومه تطوعا وان افطر لا يلزمه القضاء استحسانا وفي القياس يلزمه
وهو قول زفر رحمه الله له ان بعد التبين والايسار هو في فعل صحيح بدليل انه لو اداها
يصح ويصح الاقتداء به ولو قهقه ينتقض وضوءه فيلزمه التحرز عن ابطاله والقضاء
ان ابطله كما لو كان شروعه بنية النفل وكما في الحج والصدقة بخلاف ما لو قضى الدين ثم
تبين انه ليس عليه لان المودي ليس بعمل لله تعالى وانما اداه عوضا عما عليه لتملكه ما في
ذمته فكان معاوضة فاذا لم يسلم له المعوض يرجع بالعوض ولنا ان عمله كان في
اداء الفرض اما في حق الحكم فقد كان واجبا عليه حتى شرع ظاهرا وباطنا وكذلك
في المظنون فان المرء يخاطب بما عنده لا بما عند الله تعالى وفي ذلك الفرض الذي شرع فيه فقد
سقط عنه شرعا وانما بقي في النفل نظرا له من الشرع لا ايجابا عليه فالاولى له ان يتم
لكن لا يلزمه شيء ان لم يتمه لان الواجب عليه التحرز عن ابطال عمله وهو لم يبطل بالفطر لان
عمله كان في اداء الفرض دون النفل وهو نظير النفل المشروع في كل يوم الاولى للمرء ان
يأتي به ولا شيء عليه ان امتنع عنه ثم الشروع في كونه ملزما لا يكون اقوى من النذر واضافة
النذر الى ما هو واجب لا يفيد الايجاب فالشروع اولى وهذا لانه لما شرع في الواجب
فقد عين هذا اليوم لما شرع فيه وله ولاية التعيين فيما يرجع الى النفل على ما ذكرنا في
الصوم فلا يبقى الزمان قابلا للنفل لتعيين الله تعالى ومن رمضان كان ينبغي ان لا يبقى متنفلا
لكن الشارع نظر له بابقائه صائما نفلا وهذا يقتضي ان يكون فعله عبادة فيما له دون ما
عليه بخلاف الحج فان ما ادى من الفرض قد سقط بالشك لكنه لم يخرج من الاحرام
فالاحرام عقد لازم لا يخرج منه الا باداء الافعال الا ترى انه لو فاته الحج لا يخرج منه الا باعمال

العمرة

العمرة وكذا لو افسد الحج يبقى فيه حتى لو جنى جناية بانيه يلزمه مثل ما لزمه بالجناية
الاولى بخلاف الصوم فانه يمكن الخروج عنه ولو فسد لا يبقى له اثر فلزوم ما لا يمكن الخروج
عنه لا يدل على لزوم ما يمكن الخروج عنه ولان الحج عبادة العمر ولا يتوصل اليه الا باعتبار
مشاق وانفاق اموال فقضى الشرع انه متى شرع فيه لزمه الاتمام ليحصل له ثوابه
نظرا له ثم اكد النظر بجعله باقيا فيه بعد الافساد واوجب عليه اتمامه وقضاءه كل
ذلك نجبر الله على الافساد نظرا له ولا كذلك الصوم والصلاة لتيسر الوصول اليه والاتيان
به في كل وقت فلم يكن في معنى الحج وانما حصر في الحج المظنون فتحلل بالهدي فقد اختلف
مشايخنا رحمهم الله منهم من قال لا يلزمه القضاء لانه تم خروجه من الاحرام والاصح انه
يلزمه القضاء لان الاحرام في الاصل لازم والتحلل في الاحصار لدفع الحرج والمشقة
عنه فيما وراء ذلك يبقى صفة اللزوم معتبرا وبخلاف الصدقة لانها تمت بالوصول
الى الفقير فوزانه لو اتم الصوم ثم تبين انه ليس عليه وفي هذا لا يمكنه ابطاله ولو ان
رجلا قضى حجة الاسلام ثم اوجب على نفسه حجة ثم احرم ينوي الحجة التي وجبها
على نفسه وتطوعا يكون عن التطوع عند محمد رحمه الله فرق بين هذا وبينما لو نوى حجة
الاسلام والتطوع حيث يقع عن حجة الاسلام والفرق ان نية الجهتين بطلت عنده للتعارض
وبقي اصل النية الا ان اصل النية يكفي لاداء حجة الاسلام بحكم العرف فانصرف المطلق
اليه ولا يكفي لاداء الحجة المنذورة لانها غير متعينة لا نصا ولا عرفا فلا ينصرف المطلق
اليه وعند ابي يوسف رحمه الله يقع عن الحجة المنذورة ولو لم يحج حجة الاسلام واحرم
للتطوع فهو عما نوى في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة وهو قول الشافعي رحمهم الله
انه يقع على الفرض لان التطوع لا يحتاج الى النية فلغت نيته وبقي الاحرام بلا نية
فيصرف الى الفرض ولان النفل عبارة عن الزيادة ولا يتصور ذلك الا بعد الاصل وهذا
لان نية النفل نوع سفه منه فيستحق الحجر فجعلت نية النفل لغوا تحقيقا لمعنى
الحجر فبقي مطلق النية وكذا ان تادى حجة الاسلام بغير نية كما في المغمى عليه اذا احرم
عنه اصحابه فبنية النفل اولى وجه ظاهر الرواية ان وقت الفرض في الحج يسع لاداء النفل
فلا يتادى الفرض فيه بنية كالصلاة بخلاف الصوم فان وقته لا يسع لاداء النفل وهذا
لان الحج عبادة معلومة بالافعال لا بالوقت وكان الوقت ظرفا له لا معيارا وفي مثله
لا يتميز الفرض من النفل الا بالتعيين وقوله تتادى بمطلق النية قلنا عندنا لا يتادى
الا بالتعيين لكن التعيين تارة يثبت بالنص وتارة بالدلالة والتعيين في الحج ثابت

فلغت نيته وبقي الاصل

بدلالة العرف فالظاهر ان الانسان لا يتحمل المشقة العظيمة ثم يشتغل باداء النفل
مع بقاء الفرض عليه والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص كالشرى بدراهم مطلقة
اذا لم يوجد الصريح بخلافه وما قال بالحمل على الاصلية فانه لا يلغي اعتبار نية النفل بل جعله بالصوم
معتبرا في الاعراض عن الفرض والمعنى عليه ادنى لا يصار الى طريق الدلالة في الاحرام عنه
فيدل ذلك بمنزلة الاذن افصاحا فانما يتادى له الحج بالنية ولو كان حج حجة الاسلام
ونوى النذر ان يكون نفلا في المبسوط رجل اهل بعمرتين معا فسادا الحكم ليقضيهما
ثم احصر قال يبعث بالهدى الواحد والاصل في هذه المسئلة ان يقول من احرم بعمرتين معا
او بحجتين معا انعقد احرامه لهما في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد والشافعي رحمهما الله
ينعقد احرامه باحدهما لان الاحرام غير مقصود لعينه بل لاداء الافعال ولا يتصور اداء
حجتين في سنة واحدة ولا اداء عمرتين في وقت واحد والعقد اذا خلا عن مقصوده
لا يكون منعقدا اصلا فاذا خلا احد العقدين هنا عما هو مقصوده لم ينعقد الاحرام
الا باحدهما وقياسا بالصوم والصلاة فان من شرع في صومين في يوم واحد او في
صلاتين بتكبيرة واحدة لا يصير شارعا الا في احدهما وهذا على اصل الشافعي رحمه الله
واضح لان عنده الاحرام من الاركان ولهذا لا ينعقد الاحرام قبل اشهر الحج عنده وعند
محمد رحمه الله وان كان الاحرام من الشرائط ففي بعض الاحكام جعل من الاركان الا ترى
ان فائت الحج ليس له ان يستديم الاحرام الى ان يؤدي الحج به في السنة القابلة ولو
كان من الشرائط لكان له ذلك كما في الطهارة للصلاة فاذا كان من الاركان فهو بمنزلة
سائر الافعال لا يتصور اجتماع النسكين منه في وقت واحد كالوقوف بحجتين والطواف
بعمرتين ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله قالا لا تنافي بين العقدين بدليل انه يثبت
احدهما وهما متساويان والاصل انه اذا كان بين العقدين المتساويين منافاة لا يثبت
احدهما كنكاح الاختين معا واذا ثبت انه لا منافاة انعقد الاحرام بهما كالحج والعمرة
ثم اداء الافعال لا يتصل بالاحرام والتنافي بينهما في اداء الافعال واذا كان اداء الافعال
لا يتصل بالاحرام لا يمنع انعقاد الاحرام بهما بخلاف الصوم والصلاة فالشروع هناك
من الاداء ويتصل به الاداء والوقت معيار للصوم فلا يتصور اداء الصومين في وقت
واحد ثم الاحرام سبب لالتزام الاداء من غير ان يتصل به الاداء فيكون بمنزلة النذر
والنذر بالعمرتين صحيح والاحرام للحج من الشرائط بمنزلة الطهارة للصلاة ولهذا لا يصح
الاحرام بالحج قبل اشهر الحج ويكون مستدام الى الفراغ منه وهذا حد شرط للعبادة لا حد

ركن

ركن العبادة ولانه لا يتصل به اداء الافعال فالاحرام يكون عند الميقات
واداء الافعال يكون بمكة ولو احرم في اول يوم من اشهر الحج يصح واداء الافعال يتصل بعد
ذلك بزمان فكان من الشرائط في الابتداء وان اعطي له حكم الاركان في الانتهاء فكان بمنزلة
الطهارة للصلاة فلا يتحقق المنافاة فيه لكن يطهر لاداء الصلاة ثم اذا عرفنا هذا فيقول
عند ابي يوسف رحمه الله كما انعقد احرامه لهما يصير رافضا لاحدهما لانه كما فرغ من
الاحرام حلا وان اداء الاعمال والمنافاة بينهما متحققة فيصير رافضا لاحدهما وعليه دم
لرفضها ويمضي في الاخرى فان احرم بعمرتين فعليه قضاء العمرة التي رفضها وان كان
احرم بحجتين فعليه قضاء عمرة وحجة لرفض احدهما وعند ابي حنيفة رحمه الله
لا احدهما ما لم يشتغل بالعمل للاخرى ففي ظاهر الرواية كما يسير الى مكة لاداء الاعمال
يصير رافضا لاحدهما وفي الرواية الاخرى ما لم ياخذ في الطواف لا يصير رافضا
لاحدهما لانه ما لم يتناف الاحرامان ابتداء لا يتنافيان بقاء بل البقاء اسهل من الابتداء
وانما المنافاة في الاعمال فما لم يشتغل بعمل احدهما لا يصير رافضا للاخرى وفائدة الخلاف
انما تظهر فيما اذا احصر قبل ان يسير الى مكة فعلى قول ابي حنيفة رحمه الله يبعث
بهديين للتحلل لانه محرم باحرامين وعند ابي يوسف رحمه الله يبعث بهدي واحد
لانه صار رافضا لاحدهما فانما احصر وهو محرم باحرام واحد وعند محمد رحمه الله
لم ينعقد الا احرام واحد فلا يبعث الا بهدي واحد وان كان سار الى مكة ثم احصر
فانما يبعث بهدي واحد لانه صار رافضا لاحدهما حين سار في عمل الاخر فعليه
دم للرفض ودم اخر للتحلل واما حكم القضاء فان كان اهل بعمرتين فعليه قضاء عمرتين
وان كان اهل بحجتين فعليه قضاء حجتين وعمرتين ۝ والله اعلم

باب ــــــــــــــــــــ من غصب الصبي والحر والعبد

وودعهما وما يضمنان منه ذلك وما لا يضمنان ۝ اصل الباب ان الضمان الواجب
بسبب الفعل يستوي فيه البالغ والصبي والحر والعبد والعاقل والمجنون
والماذون والمحجور لان الفعل انما صار سببا للضمان لكونه اتلافا حقيقة واضرارا
بالمالك دفعا للضرر عنه وذلك لا يختلف باختلاف المتلف ولا يعمل فيه الحجر اما الضمان
الواجب بسبب القول يختلف بالحرية والرق والكبر والصغر والاذن والحجر فالصبي
لا يؤاخذ به اصلا لعدم اهليته كما لو اقر على نفسه بالدين او كفل الا دين التجارة
اذا كان ماذونا لانه من ضرورات التجارة وصيرورته ملحقا بالبالغ والعبد

لا يواخذ بضمان الاقوال في الحال اذا كان محجورا لكن يواخذ به بعد العتق لانه عاقل
من اهل الالتزام وله قول معتبر الا انه لا يواخذ به لحق المولى فاذا زال حق المولى ظهر قوله
في حقه الا ترى انه لو كفل بمال او اقر بدين يواخذ به بعد العتق وهذا لان القول انما
كان سببا للضمان لا لامر يرجع الى ذاته بل بجعل الشارع اياه سببا فجاز ان يختلف
باختلاف الاحوال ولهذا يجري فيه الفسخ فيعمل فيه الحجر فاما الصبي محجور عليه لعدم
اهليته لانه لا مانع من نفوذ تصرفه لصدوره من المالك ولا ضرر لغيره في تصرفه
فعلم ان الامتناع لعدم اهليته بخلاف العبد لان تصرفه صادف حق غيره فيكون
الامتناع لاجل الغير فاذا زال المانع يظهر اثره في حقه وهذا لان التهمة قائمة في قول
العبد فلا يقبل قوله في حق المولى حتى لو انتفت التهمة يقبل قوله في حقه كما لو اقر
على نفسه بالقصاص بخلاف الفعل لان وجوده محسوس وحقيقته وهو امر معاين
لا يجري فيه التهمة وجزء اعتراض الدين متى وجب على العبد بسبب يظهر في حقه وفي حق
المولى يتعلق بكسبه ورقبته ويخاطب المولى به يعني بالدفع او الفداء او البيع والعذر
وان وجب بسبب لا يظهر في حق المولى لا يخاطب المولى وجزء اعتراض من استعمل
محجورا عليه بغير اذن وليه وتلف المحجور عليه ان تلف بسبب استعماله بان لم
يتخلل بينهما فعل اختياري يجب ضمانه على المستعمل وان يتخلل بينهما فعل اختياري
لا ضمان على المستعمل لان استعمال المحجور عليه تسبيب لتلفه وليس بمباشرة اتلاف
لان التلف لم يحصل من نفس فعله وانما حصل من اثر فعله الباقي بعد الاستعمال فكان
تسبيبا وهو متعد في هذا التسبيب والمتعدي انما يضمن اذا تعذر اضافة التلف
الى المباشر فاذا لم يتخلل بينهما فعل اختياري مختار تعذرت الاضافة الى المباشر فبقي
مضافا الى المسبب واذا تخلل يضاف الى المباشر كالدافع مع الحافر والممسك مع
القاتل وكما لو دفع الى صبي سيفا فقتل به نفسه لا يضمن الدافع ولو سقط من يده فعقره
يضمن وجزء اعتراض من اودع عبد صبي محجورا او عبد محجور مالا فاستهلكه لا ضمان
على الصبي اصلا وعلى العبد ضمانه بعد الاعتاق عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند
ابي يوسف والشافعي رحمهما الله يضمنان في الحال لما يذكر وجزء اعتراض المغصوب
منه مخير بين تضمين الغاصب وبين تضمين غاصب الغاصب لان كل واحد منهما غاصب
في حقه بازالة يده او يد نائبه واثبات يده على ماله ويضمن ايهما اختار يبرئ الاخر
حصل منه الضمان او لم يحصل لانه لا يتمكن من تضمين احدهما الا بعد تمليكه العين منه

لان الضمان يوجب الملك في المضمون وبعدما ملكه من احدهما لا يتمكن من تمليكه من آخر
بخلاف الاخر ضرورة بخلاف المحتال عليه اذا مات مفلسا لانه ابراه بشرط وصول المال اليه
اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله عبد محجور عليه غصب من رجل الف درهم واودعها عند
محجور مثله فهلكت في يده فالمسئلة على وجهين اما ان كانا اثنين او ثلثة وكل وجه على
وجهين اما ان يكون الايداع بالفعل والمناولة او بالقول وهلك المال او استهلكه والمغصوب
مال المولى او مال الاجنبي والثاني في عبدين واما الفصل الاول اذا كانا عبدين محجورين
والمغصوب مال الاجنبي وهلك في يد الثاني يخير صاحب المال والمولى ان والعبدان
قائم المغصوب منه البينة على الغصب والايداع شرط حضرة المولين لان القضاء
بالضمان عليهما وشرط حضرة العبدين لان دعوى الفعل عليهما وشرط اقامة البينة لان
الغصب في حق المولين لا يثبت باقرار العبد واذا ثبت ذلك فالمغصوب منه بالخيار
ان شاء ضمن العبد الاول وان شاء ضمن الثاني لان كل واحد منهما غاصب في حقه بقبض
ماله بغير حق والعبد المحجور عليه في الغصب والحر سواء فله ان يختار ايهما شاء ويباع
ذلك العبد في دينه او يفديه المولى كما في ساير الديون فان اختار تضمين احدهما يبرئ الاخر
لما ذكرنا هذا هكذا اطلق محمد رحمه الله الجواب وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد
رحمه الله انه لا يوجب براءة الاخر اذا رضي من اختار تضمينه بذلك وقضي عليه فاما قبل
القضاء او الرضى لا يبرأ الاخر لانه متى وجد الرضى او القضاء صار المغصوب ملكا لمن
عليه الضمان فصار كانه باع منه فاذا اراد ان يبطل تمليكه من الاول وتمليكه من الثاني
بعد ذلك لا يقدر فاما قبل القضاء او الرضى لم يصر ملكا له فكان له ان يضمن الثاني كما في الاصيل
مع الكفيل فاذا اما اذا اختار احدهما لم يبرأ الاخر فان اختار تضمين العبد الاول فدفعه
مولاه او فداه لا يرجع مولاه على العبد الاخر فان قيل وجب ان يرجع لان مولى العبد الاول
لما ضمن ملك المغصوب من وقت الغصب فتبين ان العبد الاول دفع ماله الى العبد الثاني
بغير اذنه فيجب ان يرجع على الثاني كما في الغاصب اذا ضمن فانه يرجع على الغاصب الثاني
قيل له انما لم يرجع على مولى الثاني ولم ياخذ منه عين ما اخذ منه الاول لان العبد الاول صار غاصبا
للعبد الثاني بالاستعمال وانه فعل فيواخذ به في الحال كما لو دفع اليه سكينا فسقط
من يده فعقره فلو ضمن مولى الاول مولى الثاني كان لمولى الثاني ان ياخذ منه عين ما
اخذ منه لانه بدل كسب العبد الاول لان هذا المال بدل المغصوب والمغصوب انما
صار ملكا للاول بغصب العبد الاول فكان بدل كسب العبد الاول فكان للثاني ان ياخذ

معنى
عند ذلك من الاول لما صار غاصبا للثاني والثاني يتلف بذلك الغصب
لانه استحق رقبة الثاني بالدين والمستحق بالدين كالتالف ويتلف العبد الثاني
بسبب استهلاك العبد الاول لان الاستهلاك انما تم بالغصب ولم يتخلل بين
القبض وتلف الوديعة فعل فاعل مختار واذا لم يفد الرجوع لا يرجع حتى
يعتق فاذا عتق يرجع عليه مولى العبد الاول لانه وجد سبب الرجوع وهو هلاك
المضمون باداء الضمان الا انه امتنع الرجوع لعدم الفائدة فاذا عتق ارتفع
المانع فيرجع لانه لو يرجع عليه لا يرجع العبد المعتق عليه فيفيد الرجوع وانما قلنا
ذلك لان الثاني لعدم اما ان يرجع بالاستهلاك او بكونه مودع الاول لا وجه الى الاول
لان الثاني حر وقت الرجوع واستهلاك الحر برضاه ليس بتعدي فلا يوجب الضمان
فان قيل وقت الاستهلاك كان عبدا وانما يرجع عليه بذلك الاستهلاك وذلك الاستهلاك
كان تعديا قبله العبد في حق نفسه بمنزلة الحر لانه اهل للتصرفات الا انه فيما
يتضرر به مولاه اعتبر عبدا دفعا للضرر عن المولى فاذا زال حق المولى بالاعتاق كان
بمنزلة الحر من الاصل في التصرفات فيظهر انه كان مستهلكا للحر الا ترى انه
لو اقر او كفل لا يصح للحال واذا عتق صح واخذ بذلك واذا لم يكن للثاني حق الرجوع
على المولى كان تضمين مولى العبد الاول اياه مفيدا فيرجع به اذا عتق الاول يرجع الثاني
على الاول لان الثاني كان مودعه والمودع يرجع على المودع بما لحقه من الضمان لانه
عامله في الحفظ لما انه الحر ولا يرجع عليه قبل الاعتاق لان الضمان بالغرور من
لحق الثاني صح
الاول وضمان الغرور يشبه ضمان الكفالة والعبد لا يؤاخذ بضمان الكفالة ما لم يعتق
هذا اذا اختار صاحب الملك تضمين العبد الاول فان اختار تضمين العبد الثاني
خيّر مولاه بين الدفع والفداء وكان له ان يرجع في رقبة العبد الاول لان الاول استعمل
العبد الثاني حين ناوله الوديعة ولم يتخلل بين استعماله وبين تلف الوديعة
فعل فاعل مختار لان استعماله انما يتم بقبضه وبعد ذلك لم يوجد فعل فما لحق
العبد الثاني لحقه باستعماله فكان لمولى الثاني ان يرجع على الاول والرجوع هنا
مفيد لانه لا يرجع بعدما دفع لانه دفع الضمان الى المغصوب منه ويرجع
على مولى الاول فكان مفيدا بخلاف الفصل ثم لا يكون لمولى العبد الاول ان يرجع
الاول صح
على مولى العبد الثاني لان مولى الثاني فيما رجع على مولى الاول كان قرار الضمان على
الاول فملك المغصوب بالضمان من وقت الغصب فكان الجواب فيه كالجواب
فيما

فيما اذا اضمنا المغصوب منه تضمين الاول فلا يرجع الاول على مولى الثاني الا بعد
عتق الثاني ثم يرجع الثاني على الاول بعد عتقه على ما ذكرنا الفصل الثاني اذا كان الاول
عبدا والثاني حرا عبد محجور عليه غصب من اجنبي الفا واودعه الى حر فهلك في
يد الحر فالمغصوب منه في التضمين فان اختار تضمين العبد كان لمولاه ان يرجع على
الحر فرق بين هذا وبينما اذا كانا عبدين والفرق ان ثمة الرجوع غير مفيد لانه لو
رجع كان للثاني ان يرجع عليه بعد ما اخذ لان العبد الاول استعمل العبد الثاني والعبد
محل للغصب والغصب باثبات اليد عليه فاذا استعمله فقد اثبت يده عليه
ولهذا قلنا انه لو امر عبدا صغيرا او كبيرا بقتل رجل فقتل يخاطب مولاه بالدفع
او الفداء ثم يرجع بالاقل على الامر لانه صار غاصبا له بالاستعمال ولهذا لا يرجع على العا
قلة
وان وجب الضمان بسبب القتل لان وجوب الضمان على الامر انما كان بسبب الغصب
ولهذا سوى بين الصغير والكبير لعدم التفاوت في محلية الغصب والغصب من
المحجور سبب لوجوب الضمان اما هنا لو ضمن المولى الحر لم يكن للحر ان يرجع عليه لا
بالاستهلاك ولا بكونه مودعا اما بالاستهلاك لان استهلاك الحر برضاه ليس بتعدي
واما بكونه مودعا لان العبد محجور عليه فلا يؤاخذ بضمان الاقوال في الحال ثم اذا
ضمن الحر يرجع على العبد بما ضمن اذا عتق لانه مودعه فيرجع عليه بما لحقه من الضمان
ولو ضمن المغصوب منه الحر لا يرجع على العبد حتى يعتق لانه لو رجع عليه انما يرجع
لانه مودعه وقد ذكرنا ان هذا الضمان لا يجب قبل العتق بخلاف المسألة الاولى لان
ثمة انما يرجع لانه استعمله والفصل الثالث اذا كان الاول حرا والثاني عبدا
حر غصب من رجل الف درهم واودعها عبدا محجورا عليه فهلكت تخير المالك بين
تضمين الحر او العبد فان ضمن الحر لا يرجع على العبد لانه ملك المضمون باداء الضمان
فتبين انه اودع ملك نفسه عبدا محجورا عليه وهلك في يده وان اختار تضمين
العبد وبيع العبد او فديه المولى كان لمولى العبد ان يرجع على الحر لوجهين احدهما انه
استعمل عبد الغير بغير اذن مولاه ولحقه ضمان فيرجع به على من استعمله لان المستعمل
حر من اهل وجوب الضمان عليه في الحال وفي الوجوب فائدة كما لو دفع اليه سكينا
فسقط من يده فعقره والثاني ان العبد مودع الحر فاذا لحقه ضمان يرجع به عليه
كما لو كانا حرين الفصل الرابع اذا كان المغصوب مال المولى وهما عبدان عبد غصب
من مولاه الف درهم واودع عبدا محجورا عليه مثله فهلكت فالمالك لا يضمن عبده

لانه يستوجب على عبده دينا لان فائدة الوجوب الاستيفاء والاستيفاء اما ان يكون
من الرقبة او الكسب وكلاهما ملك المولى لكن له ان يضمن الثاني لانه قبض ماله بغير حق
فرق بين هذا وبينما اذا كان المغصوب مال الاجنبي وضمن الاول حيث لا يرجع على الثاني في الحال
وان ملكه باداء الضمان والفرق ان المغصوب اذا كان مال الاجنبي فرجوع مولى الاول
على الثاني غير مفيد على ما ذكرنا وهنا مفيد وبيانه وهو ان ما ياخذ مولى العبد الاول
بدل المغصوب والمغصوب كسب العبد الاول فكان الضمان بدل كسب العبد الاول
ولو رجع مولى العبد الاول على الثاني كان لمولى العبد الثاني ان يرجع عليه فياخذ منه
عين ما اخذ اما اذا كان المغصوب مال المولى وضمن مولى الاول الثاني لم يكن لمولى الثاني ان
يرجع عليه ويأخذ منه عين ما اخذ لانه ليس ببدل كسب العبد لانه بدل المغصوب
والمغصوب ليس بكسب للعبد بل كان مملوكا للمولى قبل الغصب فلا يكون له ان يرجع عليه
بعين ما اخذ لو رجع لرجع في رقبة العبد الاول والرقبة غير الماخوذ فكان التضمين مفيدا
ومن المشايخ رحمهم الله من قال انما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع موضوع المسألة
الاولى فيما اذا كانت قيمة العبدين على السواء فلا يفيد الرجوع وموضوع المسألة الثانية
فيما اذا كانت قيمة العبد الاول اقل من قيمة العبد الثاني فكان الرجوع مفيدا ومتى كان لمولى
الاول ان يضمن الثاني فاذا ضمن وبيع رقبة الثاني واخذ منه يرجع مولى الثاني على مولى الاول
فيباع رقبة الاول على ما اخذ مولى العبد الاول لان الاول استعمل الثاني وقد تلف باستعماله ثم لا يرجع
مولى العبد الاول على الثاني الا اذا عتق فيرجع عليه حينئذ فان قيل وجب ان لا يرجع عليه
بعد العتق لانه لو رجع رجع بالغصب وقد استوفى مرة حين بيع رقبة العبد الثاني
واخذ ثمنه فباي سبب يرجع عليه مرة اخرى قيل له انما يرجع مرة اخرى لانه لما عتق الثاني صار
في حق الثاني كان الاول اودع الحر من الابتداء واستعمال الحر برضاه لا يوجب الضمان وما
اخذ من مولى العبد الاول كان ضمانا بسبب وكان مجبرا على اداء ذلك فكان له الرجوع
على الثاني كالعبد المرهون اذا سعى في الدين بعد ما اعتقه الراهن وهو معسر يرجع العبد
عليه اذا ايسر لانه قضى دين المولى وهو مجبر عليه ثم اذا رجع على العبد الثاني لا يكون للثاني
ان يرجع على الاول وان كان الثاني في يد الاول لما ذكرنا

الفصل الخامس

اذا كان الاول عبدا والثاني حرا عبد محجور عليه اخذ من مال مولاه الفا واودعها حرا فهلك
كان لمولاه ان يضمن الحر لانه غاصب واذا ضمن الحر لا يرجع هو على مولى العبد بخلاف المسألة
المسألة الاولى لان ثمة انما يرجع بحكم الاستعمال واستعمال الحر لا يوجب الضمان لكن يرجع على

العبد اذا عتق لكونه مودعا له فيرجع عليه كالمحجور اذا كفل بعوض يؤاخذ به بعد العتق
كذلك هنا ثم اعاد محمد رحمه الله هذه المسائل وذكر مكان الهلاك الاستهلاك فقال رحمه
الله عبد محجور عليه غصب من اجنبي الفا واودع عبدا محجورا عليه آخر فاستهلكها
الثاني او وهبها لرجل لا يعرف فالمغصوب منه بالخيار على ما ذكرنا فان اختار تضمين الثاني
لم يرجع مولى الثاني على الاول بشيء فرق بين هذا وبينما اذا هلكت في يد الثاني والفرق
ان هنا كل تخلل بين الاستعمال والتلف فعل فاعل مختار وهو الاستهلاك فكان وجوب
الضمان على الثاني مضافا الى الاستهلاك لا الى الاستعمال فلم يكن لمولى الثاني ان يرجع على الاول
كالحافر بئرا وجاء آخر ودفعه لا يكون الهلاك مضافا الى الحفر وهنا لم يتخلل بين
التلف والاستعمال فعل فاعل مختار فكان وجوب الضمان مضافا الى الاستعمال فيرجع
على المستعمل وان اختار تضمين العبد الاول كان لمولى الاول ان يرجع على الثاني فرق بين
هذا وبينما اذا هلكت في يد الثاني حيث لا يرجع الاول على الثاني والفرق ما ذكرنا ان ثمة
لو رجع الاول على الثاني كان للثاني ان يرجع على الاول بسبب الاستعمال فيأخذ منه عين ما
اخذ فلا يفيد على ما مر اما هنا لو رجع الاول على الثاني فلم يكن للثاني حق الرجوع على الاول
اصلا فافاد الرجوع فيرجع فاذا رجع مولى الاول على الثاني ثم عتق الاول لم يرجع مولى الثاني على
الاول بما ضمن فان قيل وجب ان يرجع لانه ضمن له العبد الاول بعقد الوديعة الخلاص عما
يلحقه من الضمان بسبب قبض الوديعة متى عتق قيل له نعم لكن انما ضمن له الخلاص لانه في
القبض عامل له وهنا الضمان وجب بالاستهلاك وما وجب عليه من الضمان بالاستهلاك فالاول
ما ضمن له لان الثاني في الاستهلاك غير عامل له

الفصل الثاني

اذا كان الاول حرا والثاني
عبدا وقد استهلكها العبد حر غصب من رجل الفا فدفعها الى عبد محجور عليه وديعة
فاستهلكها العبد يخير المغصوب منه فان ضمن الحر لم يرجع الحر على العبد بشيء حتى يعتق
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله يرجع في الحال لانه ظهر ان الحر
اودع ماله عبدا محجورا عليه فاستهلكه ولو كان كذلك فالعبد لا يضمن في الحال عندهما وهل
يضمن بعد العتاق فهذا على وجهين اما ان كان العبد كبيرا او صغيرا فان كان كبيرا يضمن
وان كان صغيرا لا وعند ابي يوسف رحمه الله يضمن في الحال في الوجهين وهي مسألة ايداع
العبد والصبي لما تذكر وان اختار تضمين العبد لم يرجع على الحر وان كان مودعا
لانه ضمن بسبب الاستهلاك لا بسبب الايداع استشهد محمد رحمه الله بما لو استودع هذا العبد
سيفا فوقع على رجله فعقره ضمن الحر ولو فعل ذلك بنفسه او بغيره لا يضمن لما ذكرنا

الفصل الثالث اذا كان الاول عبدا والثاني حرا وان عبد غصب من رجل الفا
ثم دفعها الى حر فاستهلكها الحر بحضرة المغصوب منه فان ضمن الحر لا يرجع على العبد لا في الحال
ولا بعد العتاق لانه ضمن بالاستهلاك وان ضمن العبد يرجع مولاه على الحر لانه تبين ان
ان العبد اودع ملك المولى حرا وقد استهلكه والرجوع مفيد فكان له ان يرجع عليه
ولا يرجع العبد الحر على العبد لا قبل العتاق ولا بعده على ما ذكرنا هذا الذي ذكرنا
اذا كان الايداع بالمناولة اما اذا كان بالقول ثم الفصل الاول وهو ما اذا كانا عبدين
والمغصوب مال الاجنبي وقد هلكت قال رحمه الله عبد محجور عليه غصب من رجل الفا
وقال لعبد اخر محجور عليه خذ هذا المال ليكون وديعة عندك فاخذ فهلكت عنده
بحضرة المغصوب منه فان اختار تضمين العبد الثاني لم يرجع مولى العبد الثاني على
مولى العبد الاول فرق بين هذا وبينما اذا كان الايداع بالفعل والمسألة بحالها والفرق
ان الايداع اذا كان بالفعل صار الاول مستعملا للثاني بالفعل والعبد المحجور يؤاخذ بضمان
الافعال في الحال اما هنا صار الاول مستعملا للثاني بالقول والمحجور لا يؤاخذ بضمان
الاقوال لقيام الحجر الشرعي فلا يرجع الثاني على الاول في الحال وانما يرجع عليه اذا عتق
مثاله اذا دفع الاول اليه سكينا ليكون وديعة عنده فسقط من يده فعقر رجله
فمات يضمن الاول لانه صار مستعملا له بالفعل ومثله لو قال له خذ هذه السكين
لتكون وديعة عندك فاخذ الثاني فسقط من يده فعقر رجله فمات لا يضمن الاول في الحال
وانما يضمن بعد العتق الا ترى ان العبد المحجور الكبير او الصغير اذا امر عبدا صغيرا
او كبيرا مأذونا او محجورا بالقتل رجلا فقتل يخاطب مولى المأمور بالدفع او الفداء ولا يرجع
على مولى الامر لانه لو رجع انما يرجع بحكم الامر وقول المحجور باطل لا يوجب شيئا على المولى كما لو
اقر بدين او كفل بمال فان عتق الامر فان كان كبيرا وقت الامر يرجع مولى المأمور بالاقل
من قيمة المأمور ومن الارش لان المانع حق المولى وقد زال كما لو اقر بغصب او كفل بمال
بخلاف ما لو اقر بجناية حيث لا يؤاخذ به اصلا لانه اقرار على المولى فلم يصح اصلا وان
كان صغيرا وقت الامر لا يؤاخذ به لان الصبي ليس من اهل الالتزام فلا يؤاخذ به كما لو
اقر بالدين فان اختار تضمين الاول كان للمولى الاول ان يرجع على الثاني فرق بين هذا وبينما
اذا كان الايداع بالفعل والمسألة بحالها والفرق ان الايداع اذا كان بالفعل رجوع الاول
على الثاني لا يفيد على ما ذكرنا اما اذا كان الايداع بالقول يفيد لانه لو ضمن الاول الثاني لا يرجع
الثاني عليه لما قلنا فيفيد الرجوع فان عتق الاول كان للثاني ان يرجع على الاول لانه مودع وقد
لحقه

عليه صح

لحقه ضمان بسبب قبض الوديعة فيرجع عليه وان كان الايداع بالقول لان المحجور عليه يؤاخذ
بضمان الاقوال بعد العتق ثم ان عتق العبد الثاني بعد ذلك لم يرجع عليه الاول لان الثاني مودع
فلا يضمن الا بالتعدي ولم يوجد التعدي الفصل الثاني اذا كان الاول عبدا والثاني حرا
عبد محجور عليه غصب من رجل الفا ثم امر حرا بقبضها وديعة فقبضها فهلكت في يده بحضرة
المغصوب منه فان ضمن الحر لا يرجع الحر على العبد حتى يعتق لما قلنا وان ضمن العبد يرجع مولى
العبد على الحر لانه ظهر ان العبد اودع ماله من حر وقد قبض الحر بغير اذن المولى فله ان يضمن
الحر والتضمين مفيد لانه لو رجع عليه لا يرجع الحر عليه لانه ضمان قول على ما ذكرنا لكن
يرجع على العبد اذا عتق لانه مودعه وقد لحقه العهدة والعبد يؤاخذ بضمان الاقوال
بعد العتاق الفصل الثالث اذا كان المغصوب مال المولى وهما عبدان والرابع اذا كان
الاول عبدا والثاني حرا والجواب فيهما ان للمولى ان يضمن الثاني لانه لو ضمنه لا يرجع عليه وانما
يرجع على العبد الاول اذا عتق فكان التضمين مفيدا الفصل الخامس اذا كان الاول حرا والثاني
عبدا والمال مال الاجنبي حر غصب من اجنبي الفا ثم امر عبدا محجورا عليه بقبضها وديعة
فقبض وهلكت في يده بحضرة المغصوب منه فان ضمن الحر لا يرجع على العبد بشيء لا قبل العتق
ولا بعده لانه ظهر ان الحر اودع مال نفسه ولم يوجد من المودع تعدي فلا يضمن المودع وان
ضمن العبد يرجع مولى العبد على الحر لان الحر مؤاخذ بضمان القول في الحال فاذا لحق مودعه
ضمان بغير تعدي منه كان له ان يرجع على مودعه الحر فاذا عتق العبد بعده لا يرجع الحر
عليه لان الحر لما ادى الضمان فقد ملك المغصوب فتبين انه اودع مال نفسه من
العبد فلا يضمن العبد من غير تعدي ولم يوجد الفصل السادس اذا كانا عبدين وقد استهلك
الثاني عبد محجور عليه غصب من اجنبي الفا فامر عبدا محجورا بقبضها وديعة فقبضها
واستهلكها بحضرة المغصوب منه فان ضمن الثاني لا يرجع مولى الثاني على الاول عتق العبد
الاول او لم يعتق لان الثاني ضمن بالاستهلاك لا بالاستعمال والاول لم يلتزم عهدة استهلاكه
وان اختار تضمين الاول يرجع مولى الاول في رقبة العبد الثاني لانه ظهر ان عبده اودع ماله
عند الثاني فكان له تضمينه. واذا ضمن الثاني ليس للثاني ان يرجع على الاول فيفيد التضمين
فاذا رجع ثم عتق العبدان لم يرجع احد العبدين على صاحبه اما الثاني على الاول فلما مر انه
لم يلتزم عهدة الاستهلاك واما الاول فلان من له الضمان وهو مولاه اشترى الضمان مرة
فلا يضمنه مرة اخرى الفصل السابع اذا كان الاول حرا والثاني عبدا حر غصب
من اجنبي الفا فامر عبدا محجورا عليه بقبضها وديعة فاستهلكها بحضرة المغصوب منه

اخر صح

فان ضمن الحر لا يرجع على العبد حتى يعتق عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف
يرجع للحال لان الحر ملك المغصوب باداء الضمان وظهر انه اودع مال نفسه عبدا محجورا فا
ستهلكه فكان على الخلاف على ما ذكرنا وان اختار تضمين العبد لا يرجع على الحر بحال لانه ضمن
بالاستهلاك وهو لم يلزم ضمان الاستهلاك الفصل الثاني اذا كان الاول عبدا والثاني حرا
عبد محجور غصب من اجنبي او من مولاه الفا وامر حرا بقبضها ودفعه فقبض
واستهلكها فان كان المغصوب منه اجنبيا تخير فان ضمن الحر لا يرجع على العبد بشي عتق
العبد او لم يعتق لانه ضمن بالاستهلاك لا بالقبض وان ضمن العبد كان لمولاه ان يرجع على
الحر لانه ملك باداء الضمان فظهر ان العبد اودع ماله من حر واستهلكه الحر وليس
للحر ان يرجع على العبد ولا على المولى فكان التضمين مفيدا وان كان المغصوب منه المولى يضمن الحر
ولا يرجع الحر على احد لانه ضمن باستهلاكه ثم اعاد محمد رحمه الله هذه المسايل بفصولها
فيما اذا كان العبيد ثلثة الفصل الاول وهو ما اذا كان المال مال الاجنبي والايداع بالمناولة
وهلك في يد الثالث فقال رحمه الله عبد محجور عليه غصب من اجنبي الفا فدفعها الى عبد
محجور عليه وديعة ودفعها الثاني الى عبد اخر محجور عليه وديعة فهلكت عند الثالث
تخير المغصوب منه يضمن ايهم شا لان كل واحد منهم غاصب في حقه فان اختار
تضمين الاول فمولى الاول بالخيار بين تضمين الثاني او الثالث لان المولى الاول ضمن فقد
ملك المغصوب فصار العبد الاول اودع ملك مولاه الى الثاني والثاني الى الثالث فكان
له تضمين ايهما شا فان ضمن الثاني فمولى الثاني لا يرجع على الاول وان صار الاول مستعملا له
بالفعل لان الثاني صار مستهلكا بدفعه الى الثالث فيكون تلف الثاني حاصلا فالى استهلاكه
لا الى استعمال الاول فلا يكون لمولى الثاني ان يرجع على الاول ايضا ولا يرجع على الثالث حتى يعتق
الثالث لانه لو رجع على الثالث بسبب الغصب كان لمولى الثالث ان يرجع على مولى الثاني بسبب
الاستعمال لانه لم يوجد من الثالث استهلاك فكان تلف ماليه رقبة الثالث حاصلا فالى
استعمال الثاني فكان للثالث ان يرجع على الثاني في عنقه ما اخذ منه الثاني فلا يفيد على
ما ذكرنا فاذا عتق الثالث كان له ان يرجع عليه لما قلنا من قبل فاذا ضمن الثالث بعد ما عتق
كان للثالث ان يرجع على الثاني بعد ما عتق الثاني لان الثالث مودع الثاني وقد لحقه
ضمان الا انه لم يرجع على الثاني ما دام الثاني عبدا لانه لو [illegible] فاذا عتق
[illegible] هذا اذا اختار مولى العبد الاول تضمين الثاني فان اختار تضمين الثالث
رجع مولى العبد الثالث على مولى الثاني لان العبد الثاني استعمل العبد الثالث فاذا رجع

الثالث

منه صح

الثالث على الثاني استقر الضمان على الثاني فصار كان مولى العبد الاول ضمن الثاني في الابتدا
ولو ضمنه ابتدا لا يرجع على الاول عتق او لم يعتق ويرجع على الثالث اذا عتق الثالث لذلك
هنا هذا اذا اختار المغصوب منه تضمين العبد الاول وان اختار تضمين العبد الثاني
وباعه لم يكن لمولى العبد الثاني ان يرجع على العبد الاول لا قبل العتق ولا بعده وكان الجواب
فيه كالجواب فيما اذا اختار المالك تضمين العبد الاول واختار مولى الاول تضمين الثاني
في انه لا يرجع مولى الثاني على الاول لا قبل العتق ولا بعده وله تضمين الثالث بعد العتق لا قبله
واذا ضمن مولى الثاني العبد الثالث بعد العتق كان للعبد الثالث ان يرجع على الثاني بعد
العتق ايضا لان الثالث مودعه وقد لحقه ضمان من غير تعدي منه هذا اذا اختار
المغصوب منه تضمين الثاني ولو اختار تضمين العبد الثالث وباعه فيه كان لمولى
الثالث ان يرجع في رقبة العبد الثاني لان الثاني استعمل الثالث بالدفع اليه فكان تلف
ماليه الثالث حاصلا فالى استعماله فكان للثالث ان يرجع على الثاني وليس لمولى الثالث
ان يرجع على الاول لان الاول لم يستعمل الثالث ولم يجر بينهما سبب يوجب الرجوع واذا
رجع الثالث على الثاني ثم عتق الثالث يرجع مولى الثاني بما لحق عنده فاذا عتق العبد الثاني
اتبعه العبد الثالث بما ضمن لان الثالث كان مودع الثاني وقد لحقه ضمان من غير تعدي
فيرجع عليه اذا صار اهلا لوجوب ضمان الغرور ثم ذكر محمد رحمه الله الاستهلاك مكان الهلاك
والمسئلة بحالها تخير المغصوب منه فان ضمن الاول كان له ان يرجع على اي العبدين شا فان
اختار تضمين العبد الثاني كان لمولى الثاني تضمين العبد الثالث لان الثاني ملك المغصوب
من حين قبضه العبد الثاني فظهر ان العبد الثالث قبض مال مولى العبد الثاني فيضمن
وتضمينه مفيد لانه متى ضمن الثالث لا يكون لمولى الثالث الرجوع على الثاني لان الثالث
صار مستهلكا وان اختار تضمين الثالث لم يرجع مولى الثالث على الثاني لا قبل العتق
ولا بعده لان العبد الثالث مودع استهلك الوديعة وضمن بالاستهلاك فلا يرجع على
احد لا بالاستعمال ولا بالايداع وان اختار المغصوب منه تضمين العبد الثاني لم يكن
للثاني في الرجوع على الاول عتق او لم يعتق لان الثاني صار مستهلكا بالدفع الى الثالث وكان
لمولى الثاني ان يضمن الثالث لان تضمينه مفيد لانه ليس للثالث حق تضمين الثاني
لانه انما ضمن بالاستهلاك وان اختار المغصوب منه تضمين العبد الثالث لم يرجع
على احد لا قبل العتق ولا بعده لانه ضمن بالاستهلاك الفصل الثاني اذا كان الايداع
من الاول بالفعل والايداع من الثاني بالقول وهلكت الوديعة تخير المغصوب منه فان

عليه صح

اختار تضمين الثالث ورجع فيه لم يكن لمولاه تضمين الاول قبل العتق ولا بعده لان
الاول ما استعمل الثالث ولا اودع عبده ولا غصب مال مولاه لان مولى الثالث ملكه
من قبض الثالث ولا يرجع قبل العتق مولى العبد الثالث على الثاني قبل العتق ويرجع
بعده لان الثاني صار مستهلكا للثالث بالقول لا بالفعل فيؤاخذ به بعد العتق لا قبله
وان اختار المغصوب منه تضمين العبد الثاني كان لمولى الثاني ان يرجع في رقبة
الثالث لانه تبين ان الثالث اودع مال مولاه وتضمين الثالث حينئذ لانه جحد عليه
بما جعل وحق الثالث احق لانه يرجع بعد العتق فاذا رجع عليه الثاني يرجع مولى الثالث على
الثاني بعد العتق لانه غرم في ذلك وذكر في بعض الروايات مكان الثاني الاول يعني
اذا اختار تضمين العبد الاول وذلك غلط وقع من الكاتب او اراد به الاول في حق الثالث
لا الاول العبد فان الثاني اول في حق الثالث واذا رجع مولى الثالث على الثاني بعد ما عتق
فان الثاني اول في حق الثالث واذا رجع مولى ~~الثالث على الثاني بعد~~ ما عتق الثاني لا يرجع
العبد الثاني على العبد الثالث عتق الثالث ام لا لان الثالث لم يستعمل الثاني ولم
يوجد منه شيئا قال في الكتاب ليس لمولى العبد الثاني ان يرجع على العبد الاول بقليل ولا
كثير عتق الاول ولم يعتق اختار مولى العبد الثالث او لم يختر فلا ضمان على الاول
في شيء من ذلك لان الثاني خالف امره ومن الناس من خطأ في هذا الحرف وقال ينبغي
ان يرجع على الاول لان الاول استعمل الثاني بالفعل ولم يوجد من الثاني استهلاك لينقطع
الاضافة الى استعمال الاول لان قول الثاني في حق لا غرم به فصار كان الثالث اخذ بغير اذنه
ولو اخذ بغير اذنه فالثاني يرجع على الاول كذلك ههنا قيل له من مشايخنا رحمهم الله من قال انما
لم يرجع لان محمدا رحمه الله وضع المسألة فيما اذا ضمن المغصوب منه الثاني بعد العتق
وبعد العتق صح امره فصار مستهلكا حتى لو ضمن الثاني قبل العتق كان لمولى الثاني ان
يرجع على الاول ومن مشايخنا رحمهم الله من قال لا يرجع في الحالين جميعا وهو الاصح لان
الرجوع على الاول لو ثبت انما ثبت بالاستعمال واستعمال الاول بطل بعصيان الثالث لانه يحصل
بين الاستعمال والتلف فعل فاعل مختار فينقطع استعمال الاول فلا يرجع الثاني على
الاول بحكم الاستعمال ولا يرجع بحكم الايداع ايضا لان الاول عبد ولا بعد العتق ايضا
لان الثاني خالف امر الاول حيث امر الثالث بالقبض وصار مضيعا ولان ما لحق
العبد الاول من الضمان انما لحقه بالاستعمال وكان بعرض ان يتخلص منه بان يسترده
ويدفعه الى المالك فيسقط عنه الضمان فالثاني لما سلط غيره فقد اكد ذلك الضمان

عليه

عليه وعلى المؤكد ما على الموجب فلا يرجع الثاني على الاول لهذا وان اختار المغصوب
منه تضمين العبد الاول كان لمولى الاول تضمين اي العبدين شاء اما تضمين الثالث لانه
قبض مال الاول بغير اذنه وتضمينه مفيد لانه متى ضمنه لا يكون لمولاه الرجوع على
الاول لان الاول ما استعمل الثالث ولا اودعه ومتى ضمن الاول الثالث لم يكن للثالث
تضمين الثاني قبل العتق لان الثاني استعمل الثالث بالقول فاذا عتق الثاني حينئذ
يرجع عليه لان الثالث مودع الثاني وقد لحقه ضمان بعمل يعود منه فيرجع عليه واذا رجع
الثالث على الثاني بعد العتق هل يرجع الثاني على الاول ام لا على قول اولئك المشايخ رحمهم الله لا كما لو ضمن المغصوب
منه الثاني وعلى قول بعض المشايخ رحمهم الله الثالث انما يرجع على الثاني بعد عتق الثاني والمغصوب
منه لو ضمن الثاني بعد عتقه لم يرجع الثاني عليه فكذا هذا واما لمولى العبد الاول تضمين
الثاني لما قلنا واذا ضمن مولى الاول الثاني كان لمولى العبد الثاني تضمين الثالث لان
الثالث غاصب مال مولى الثاني وتضمينه مفيد لما قلنا فان قيل وجب ان لا يكون
لمولى الاول تضمين الثاني لان الثاني يرجع على الاول لان الاول استعمله بالفعل فلا يفيد
التضمين قيل له مولى الثاني لا يرجع على مولى الاول لان الاول وان استعمل الثاني بالفعل الا
الا ان حكم استعماله انقطع حيث ورد عليه فعل فاعل مختار وهو قبض الثالث
فانفسخ حكم الاستعمال الاول لفصل الثالث فيما اذا استهلك العبد الثالث و
المسألة بحالها فهو والاول سواء الا في خصلة واحدة وهو ان العبد الثالث في الفصل
الاول يرجع على العبد الثاني بعد العتق لانه مودع الثاني وههنا لا يرجع وان عتق
الثاني لان الثالث استهلك الوديعة فيضمن بالاستهلاك فلا يرجع على ما ذكرنا رجل حر
اودع عبدا محجورا عليه الفا فاودع العبد عبدا مثله فهلك في يد الثاني على قول
ابي حنيفة رحمه الله لا ضمان على الاول ما لم يعتق ولا ضمان على الثاني ابدا وعلى قول ابي
يوسف رحمه الله لرب المال ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني في الحال وعلى قول محمد رحمه الله
لا ضمان على واحد منهما ما لم يعتقا فان عتق الاول وضمنه لم يرجع على الاخر بشيء عتق او لم
يعتق وان عتق الثاني اولا فله ان يضمنه ولا يرجع الثاني على الاول بشيء حتى يعتق فاذا
عتق حينئذ يرجع عليه بما ضمن وهذه المسألة فرع لمسألتين ذكرهما في كتاب الوديعة
احداهما ان المودع لا يملك الايداع عندنا وعند ابن ابي ليلى رحمه الله يملك حتى لو هلك
في يده لا يضمن لانه يحفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ مال نفسه وقد يودع الانسان
مال نفسه من اجنبي فكذلك له ان يودع الوديعة من غيره فلا يصير ضامنا بالدفع الى غيره

للحفظ او يرد كما في حق من في عياله الا انا نقول الحفظ مما يتفاوت فيه الناس والمالك
انما رضي بحفظه وامانته دون غيره فاذا دفع الى اجنبي وقد صار تاركا للحفظ الذي
التزمه مستحفظا من استحفظ منه فيكون ضامنا بخلاف من في عياله فان المودع هو
الحافظ بيد من في عياله لان من في عياله في يده كذلك فاما اذا دفع الى الاجنبي
لا يكون هو حافظا له بل الاجنبي هو الحافظ له والمودع لم يرض بهذا فيكون ضامنا
حتى يقر المودع بوصول المال اليه فاذا اقر بذلك برئ لوصول المال الى يد
صاحبه كما يبرأ الغاصب بوصول المغصوب الى يد صاحبه ولان القياس ان
يضمن ايضا بالدفع الى من في عياله الا انا استحسنا وقلنا بانه لا يضمن
لانه لا يجد بدا منه فانه اذا خرج من داره في حاجته لا يمكنه ان يحمل الوديعة
مع نفسه واذا خلفها في داره صارت في يد امرأته ومن في عياله حكما وما لا
يستطاع الامتناع منه فهو عفو والمودع لما علم بذلك كان راضيا بهذا بخلاف
الدفع الى من ليس في عياله ثم اذا لم يكن له ولاية الايداع عندنا فاذا اودع وهلكت
في يد الثاني ضمن الاول لانه متعدي بالتسليم الى غير من امر بحفظها ولا شيء على
مودع المودع في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله الثاني
ضامن ايضا لان الاول متعدي في التسليم بغير اذن المالك والثاني متعدي في
القبض بغير اذن المالك فكان له ان يضمن ايهما شاء كالغاصب مع غاصب الغاصب
فاذا ضمن الاول لا يرجع على الثاني لانه ملك بالضمان فتبين انه اودع ملك نفسه
وقد هلك في يد المودع وان ضمن الثاني يرجع على الاول لانه مغرور من جهته فانه
اودعه على انه ملكه وانه لا يلحقه ضمان ان هلك في يده فاذا لحقه الضمان
يرجع عليه ولانه في القبض والحفظ كان عاملا له فيرجع عليه بما يلحقه بسببه كمودع
الغاصب ولابي حنيفة رحمه الله يقول الاول لم يصر ضامنا بالتسليم الى الثاني بدليل
انه لو سلمها اليه ليحفظها بحضرته فهلكت لم يضمن واحد منهما وانما يصير الاول ضامنا
بترك الحفظ حين غاب بعد ما سلمها الى الثاني والثاني لم يترك الحفظ بل هو مقبل
على الحفظ حين هلكت فلا يضمن شيئا يوضحه ان اصل قبض الثاني لم يكن موجبا
للضمان عليه حتى لو هلكت قبل غيبة الاول لم يضمن ولم يوجد منه
صنع بعد ذلك يصير به ضامنا والضمان لا يجب بدون الصنع وانما وجد الصنع
من الاول بالذهاب وترك الحفظ فلا يصير الثاني ضامنا وهو كثوب هبت به الريح

وكما في يد من في عياله صح

والعبد

والعبد في حجره فاذا هلك من غير صنعه لا يضمن بقي ان الاول لما لم يضمن بالتسليم
انما يضمن بتركها في يد الثاني بعد غيبته فقد صارت يده يدا مستمرة في ايجاب
الضمان على الاول ولا يمكن اعتبار تلك اليد بعينها في ايجاب الضمان على الثاني كاجير القصار
اذا دق الثوب فتخرق وجب على الاستاذ بسبب فعل الاجير لم يجب على الاجير
شيء لانه لو ضمن انما يضمن بذلك الفعل ايضا والفعل الواحد لا يكون موجبا للضمان
على شخصين بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب فان كل واحد منهما انما صار ضامنا
بفعله وغصب احدهما غير غصب الثاني ولهذا يعتبر في حق كل واحد منهما قيمته حين
غصبه وكذلك في مودع الغاصب لان الضمان كان واجبا على الغاصب قبل الايداع فلم
يكن الفعل الواحد موجبا الضمان على شخصين والمسئلة الثانية اذا اودع عبدا محجورا
عليه او صبيا محجورا عليه مالا فاستهلكه لم يضمن في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وهو ضامن في قول ابي يوسف والشافعي رحمهما الله ان كان العبد بالغا يؤاخذ به
بعد العتق وان كان صبيا لا يؤاخذ به لا في الحال ولا بعد البلوغ والعتق وجه قول ابي يوسف
والشافعي رحمهما الله ان ضمان الاستهلاك ضمان فعل والصبي والبالغ فيه سواء لتحقق
الفعل موجودة الا ترى ان الوديعة لو كانت عبدا او امة فقتلها الصبي والعبد
كان ضامنا بهذا الطريق وكذلك سائر الاموال ولان سبب وجوب الضمان قد تحقق
الضمان كما لو اتلف قبل الايداع وانما قلنا ذلك لانه اتلاف مال معصوم مستحق معصوم
بغير اذنه وبيان ان هذا سبب الضمان انه انما يجب للجبر فناسب ان يكون سببه
الاتلاف لان المتلف هو الذي يجبر وكان الاتلاف هو الداعي الى الجبر ولان الايداع من
الصبي باطل لانه استحفاظ من لا يحفظه فكانه لم يوجد وجاز اتلافه واستحفاظ
من لا يحفظ تضييع للمال فكانه القاه على قارعة الطريق واتلفه الصبي فانه يضمن ولانه
لا يخلو اما ان يصح الايداع او لم يصح فان لم يصح فوجوده كعدمه وان صح صار بمنزلة
البالغ اذا اودع عنده شيء فاتلفه وكالصبي الماذون له والعبد الماذون له وتحقيقه
ان الماذون له ساوى المحجور عليه فيما لا يدخل تحت الحجر لانهما ما افترقا الا في الاذن
واثر الاذن في رفع الحجر فيما يدخل تحت الحجر ولهذا استويا في الغصب والاتلاف ووجه
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ما قال في الكتاب لانه صبي وقد سلطه رب المال على ماله
حيث دفعه اليه وفي تفسير هذا التسليط نوعان من الكلام اصحهما انه تسليط باعتبار
العادة لان عادة الصبيان اتلاف المال لقلة نظرهم في عواقب الامور فهو لما مكنه من

قبل

ماله

ذلك مع علمه بحاله يصير كالآذن له في الاتلاف وبقوله احفظ لا يخرج من ان يكون ذلك مثله
لانه انما يخاطب بهذا من لا يحفظه فهو كتقديم الشعير بين يدي الحمار واذا قال لا تأكل بخلاف
الصبيان لانه ليس من عادة الصبيان الفعل لانهم يهابون العقل ويقرون منه فلا يكون
الايداع تسليطا على الفعل باعتبار عادتهم وهذا بخلاف الدابة فان من عادتهم اتلاف الزوائد
بركوبهم فيثبت التسلط في الدابة بطريق العادة ولان للعبد يدا على نفسه يحفظها بها
فلم يوجد التسلط على الكمال لوجود المانع الحقيقي بخلاف المأكول والملبوس وغيرهما لوجود
الداعي وعدم المانع والذي هو الاصح ان نقول معنى التسلط تحويل يده في المال اليه وازالة
المانع ولان التسلط هو التمكين والاقدار يقال سلط فلان فلانا على فلان وعلى هذا الامر
اي اقدره عليه وسمي السلطان سلطانا لقدرته على الرعية او بمعنى هذا وهو تحويل اليد
اليه وتقريب المحل منه فان المالك باعتبار يده كان متمكنا من استهلاكه فاذا حول يده اليه
صار متمكنا من استهلاكه بالفعل كان المودع او صبيا الا انه بقوله احفظ قصد ان يكون
هذا التحويل مقصورا على الحفظ دون غيره وهذا صحيح في حق البالغ باطل في حق الصبي
والعبد فيما يرجع الى المولى لانه التزام بالعقد والصبي والعبد ليس من اهله فبقي التسلط
على الاستهلاك بتحويل اليد اليه مطلقا بخلاف العبد والامة فان المالك باعتبار يده ما
كان متمكنا من قتله فتحويل اليد اليه لا يكون تسليطا على قتله ولان الايداع من المالك
تصرف في ملكه والمملوك في حق الدم مبقى على اصل الحرية فلا يعتبر ولاية الايداع والتسلط
يثبت باعتباره بخلاف ما لو قال اقتل عبدي لان ذلك استعمال والاستعمال وراء التسلط
فان بعد الاستعمال اذا لحقه ضمان يرجع على المستعمل وبعد التسلط يسقط حق المسلط في
التضمين لرضاه به ولا يثبت لاحد حق الرجوع عليه ولهذا قلنا في مسئلتنا ان الصبي
المستهلك اذا ضمن للمستحق لا يرجع على المودع بخلاف ما لو قال اتلفه فذاك استعمال للصبي
وهذا تسليط بمنزلة قوله ابيح لك ان تأكل هذا الطعام ان شئت ولو قال ذلك فأكله
الصبي لم يضمن ولو استحق وضمنه لا يرجع على الذي قال له وهذا لانه انما لزمه الضمان بفعله
ومتى ضمن بفعله لا يرجع على الغير الا اذا ضمن الغير العهدة اما صريحا او دلالة وظاهر ان المودع لم
يلتزمه صريحا واما دلالة فلانه لم يطلب منه الاتلاف فان الامر طلب الفعل وطلب الفعل
دليل الالتزام لان الانسان لا يعمل لغيره عملا الا اذا ضمن له ذلك الغير عهدة ذلك العمل فيكون
الطلب دليلا على تكفله له فلم يوجد الا ان ابا يوسف رحمه الله يقول قوله احفظ بمنزلة
الاستثناء مما نال له مطلق التسليم والاستثناء تصرف من المتكلم على نفسه في حقه فلا

يعتبر لصحته حال المخاطب به او سوف ولاية له عليه بل باستثنائه يخرج ما وراء الحفظ
من هذا التسلط فاذا استهلكه الصبي كان مستهلكا بغير اذنه ولهذا لو استهلكه بعد
البلوغ يضمن ولكن ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا التسلط بالفعل وهو نقل اليد اليه مطلقا
وقوله احفظ كلام فلا يتحقق استثناء من الفعل المطلق بل يكون معارضا لذلك الفعل
الذي هو تسليط فلا يكون معارضا الا بعد صحته حكما يكون المخاطب من اهل الالتزام بالعقد
وذلك في حق البالغ دون الصبي فبقي التسلط مطلقا في حق الصبي والدليل عليه ان الصبي
لو ضيع الوديعة بان رأى انسانا يأخذها او دله على اخذها لم يضمن والبالغ يضمن مثله
عرفنا ان العارض صحيح في حق البالغ دون الصبي واما اذا استهلكه بعد البلوغ فلان الصحة
كانت موقوفة على اجازة الولي او بلوغه واذا بلغ صح العقد فصار بمنزلة البالغ ولهذا
لو ترك الحفظ بعد البلوغ يضمن قوله لا يخلو اما ان صح الايداع او لم يصح قلنا صح في حق
التسلط لا في حق وجوب الحفظ وبالوصف الاول فارق ما قبل البلوغ ما بعده وبالوصف
الثاني فارق ايداع البالغ واذا ثبت هذا وجب ان لا يجب الضمان لانه انما وجب جبرا او
دفعا للضرر والتسلط دليل الرضى ولان الدليل يقتضي عدم وجوب الضمان بالاتلاف
لان المتلف اضر بالمالك ولم ينتفع هو بالمال ومتى وجب الضمان استضر هو وانتفع المالك
فكان الانتفاع زائدا على الموجود وضمان العدوان مقيد بالمثل فكان ينبغي ان لا يجب الا
ان الشرع ورد بالوجوب اذا كان الاتلاف لا عن تسليط نظرا للمتلف عليه وسدا
لباب العدوان ولا يمكن الحاق هذا به لان الاتلاف في صورة التسلط في كونه تعديا دونه
في عدم التسلط ولان التسليط تسبب للاتلاف والاتلاف الصادر عن تسبيب المالك
لا يوجب الضمان كما لو وضعه في يده ولم يأمره بحفظه ولا نهاه عن اتلافه بخلاف ما اذا كان
الصبي والعبد مأذونا لان العارض قد صح في حقهما وفي حق المولى فان المأذون من اهل
الالتزام بالعقد ولهذا يؤاخذ بضمان التفسيخ وبخلاف البالغ لان العارض صح في
حقه ولانه ان وجد الداعي الى الاتلاف وهو الاقدار الا انه وجد المانع ايضا وعلى هذا
الخلاف لو اقرض الصبي المحجور عليه او العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لان التسليم
اليه تسليط وقوله اقرضتك معارض كقوله احفظ في الوديعة وكذلك لو باع من
صبي محجور عليه او عبد محجور عليه شيئا فاستهلكه لان التسليم اليهما تسليط
وقوله بعت معارض فلا يعمل هذا المعارض في حق الصبي اصلا ولا في حق العبد حتى
يعتق ولو اودع رجلا شيئا فاستهلكه ابنه صغيرا وعبده فعلى المستهلك ضمانه

في الجملة لان نقل الوديعة يكون اذنا لمن في عياله ان يحفظها والصبي والعبد اذا كان
مأذونا في حفظ الوديعة يؤاخذ بالضمان بالاستهلاك فكان وجوب الضمان باعتبار كونه
مأذونا من جهة المودع فهذا وما لو اذن له في قبض الوديعة ابتداء سواء اذا عرفنا
هذا فنقول اذا اودع عبدا محجورا عليه الفا فاودع العبد عبدا مثله فهلك في
يده فلا ضمان على واحد منهما قبل العتق عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اما على الاول فلانه
مودع استهلك الوديعة بالدفع والعبد المحجور اذا استهلك الوديعة لا يضمن عندهما
قبل العتق واما على الثاني اما على قول ابي حنيفة رحمه الله فلانه مودع المودع ولم
يوجد منه التعدي واما على قول محمد رحمه الله فلانه مودع المودع وان كان يضمن عنده
لكن تعذر التضمين هنا لانه لو ضمنه لرجع هو على العبد الاول لانه استعمله بالفعل
بغير اذن مولاه فيكون قرار الضمان على الاول وليس للمالك تضمين الاول لانه مودع مسلط
فلا يكون له حق تضمين من يرجع بالضمان عليه لانه في الحاصل تضمين الاول وابو يوسف
رحمه الله مر على اصله وقال له ان يضمن ايهما شاء في الحال لان الاول مودع استهلك
والثاني مودع المودع وكلاهما ضامن عنده فان ضمن العبد الاول لم يكن لمولى الاول تضمين
الثاني وان صار الثاني غاصبا ماله لانه لو ضمن الثاني كان للثاني ان يرجع عليه لان الاول
استعمله بالفعل فلا يفيد الرجوع على ما ذكرنا وان ضمن العبد الثاني يرجع مولى الثاني
على الاول لان الاول صار مستعملا بالفعل وتضمينه مفيد فان عتق العبد الاول كان لرب
المال تضمينه بالاجماع لانه لما عتق عمل شرط الحفظ فيضمن بتركه فاذا ضمن الاول
لا يرجع على الثاني لانه ظهر ان الاول اودع مال نفسه والثاني مودعه ولم يوجد منه تعدي
فلا يضمن حتى لو ان عتق الثاني ليس لرب المال تضمين الثاني في قول ابي حنيفة رحمه
الله لانه مودع المودع فلا يضمن وله تضمين الثاني عند محمد رحمه الله لان مودع المودع
ضامن عنده لكن لو ضمن قبل العتق لرجع على الاول بالاستعمال فيكون قرار الضمان على
الاول وهذا لا يجوز فاذا ضمنه بعد العتق لا يرجع على الاول في الحال لانه ظهر ان الاول استعمل
الحر في حقه فله ان يضمن الثاني فاذا ضمن الثاني ثم عتق الاول يرجع عليه لانه مودعه
ولم يوجد منه التعدي ولو كان العبد الاول والاودع المال حرا والمسألة بحالها فعند
ابي حنيفة رحمه الله ليس لرب المال ان يضمن العبد لانه مودع مسلط ولا ان يضمن
الحر لانه مودع المودع وعند محمد ليس له ان يضمن العبد وله ان يضمن الحر لان
مودع المودع ضامن عنده ولا يرجع به الحر على العبد في الحال فكان التضمين مفيدا

ويرجع

ويرجع الحر على العبد اذا عتق وعند ابي يوسف يضمن ايهما شاء فان ضمن العبد رجع مولاه
على الحر لانه صار غاصبا ماله وان ضمن الحر يرجع على العبد بعد العتق لا قبله لما قلنا
رجل اودع عبده الفا فاودع عبده حرا او عبدا مثله فهلكت عنده اما اذا كان الثاني
حرا فليس له تضمين واحد منهما اما العبد وان صح اشتراط الحفظ عليه لان للمولى ان يستحفظ
عبده للحفظ الا ترى انه لو امره بحفظ ماله صح فهذا اولى لكن لا يضمنه لانه غير مفيد
واما الحر فلانه مودع المودع واما عند محمد رحمه الله له تضمين الحر لانه مودع المودع ومتى
ضمن لا يرجع على عبده في الحال لانه لا يؤاخذ بضمان الاقوال وانما يرجع عليه اذا عتق وكذلك عند
ابي يوسف واما اذا كان الثاني عبدا فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله لان الثاني مودع
المودع وعندهما له تضمين الثاني لان عندهما يضمن مودع المودع فان قيل وجب
ان لا يكون له تضمين الثاني بالغصب لانه لو ضمن الثاني يرجع مولى الثاني على الاول لان
الاول استعمله بالفعل فلا يفيد التضمين قيل له يفيد لان الثاني ان يرجع على الاول
لا ياخذ منه عين ما اخذ الاول لان المأخوذ كسب المولى لا بدل كسب العبد ودين العبد
لا يتعلق بكسب المولى وانما يتعلق برقبة العبد وهما مالان مختلفان فكان التضمين مفيدا
فرق محمد رحمه الله بين مال المولى وبين مال الاجنبي اذا كان الثاني عبدا والفرق ان الوديعة
اذا كانت مال المولى لو ضمن المولى العبد الثاني بسبب انه مودع مودعه ثم علم انه
متى ضمن الثاني يرجع على الاول بسبب استعمال الاول الثاني فصار راضيا بوجوب الضمان
على الاول بسبب استهلاك الاول الوديعة ويجوز ايجاب الضمان على المحجور برضا مالكه
بخلاف ما اذا كان المودع غير المولى لانه يؤدي الى ايجاب الضمان على المحجور بسبب استهلاك
الوديعة لا برضا مالكه وانه لا يجوز رجل اودع عبدا محجورا عليه الفا فاودع العبد
عبدا مثله مناوله فاستهلكها الثاني فلا سبيل لرب المال على الاول ويضمن الاخر وهذا قول
ابي حنيفة رحمه الله لما قلنا وعند ابي يوسف له ان يضمن ايهما شاء وكذلك عند محمد رحمه الله
لان مودع المودع عنده ضامن وانما لا يضمن هنا اذا هلك عنده لانه لو ضمنه رجع به على
الاول فيكون قرار الضمان على المودع المسلط وهذا لا يجوز فاذا استهلكها لو ضمن لا يرجع
على الاول فيمكن تضمينه وعند ابي حنيفة رحمه الله مودع المودع انما لا يضمن اذا هلكت
الوديعة عنده اما اذا استهلكها يضمن واذا ضمن الاخر لم يكن لمولاه ان يرجع على الاول
لانه ضمن باستهلاكه لا باستعمال الاول وله ان الثاني لو اودع عبدا بالغا ودفع الوديعة
اليه وهلكت الوديعة عند الثالث والمسألة بحالها اما التفريع على قول ابي حنيفة

رحمه الله ان يقول ليس له تضمين الاول قبل العتق وان صار مستهلكا بالدفع الى الثاني لانه
مودع مسلط فاذا عتق الاول وضمنه لم يرجع على الثاني لان الاول ملك المضمون باداء الضمان
فصار كرجل اودع عبدا محجورا عليه مالا فاستهلكه بالدفع الى اخر فلا يضمن ما لم يعتق فاذا
عتق وضمنه الاول لم يرجع هو على الثالث قبل العتق ولا بعده لان الثاني صار كرجل اودع
عبدا محجورا عليه مالا وهلكت الوديعة عند المودع فلا يضمنه لا قبل العتق ولا بعده
وليس لصاحب الوديعة تضمين الثالث لانه مودع المودع ولم يوجد منه تعدي فلا يضمن
قبل العتق ولا بعده ولصاحب الوديعة تضمين الثاني وهو الاوسط وان كان هو مودع
المودع لانه صار مستهلكا بالدفع الى الثالث فيضمن فاذا ضمن الثاني لا يرجع مولى الثاني
على الاول وان صار الاول مستعملا للثاني بالدفع اليه لان الثاني صار مستهلكا بالدفع الى
الثالث فانقطع حكم الاستعمال ولا يرجع مولى الثاني على الثالث وان صار الثالث مستعملا مولى
العبد الثاني لانه لو رجع على الثالث يرجع مولى الثالث على مولى الثاني فيما اخذ منه عين
ما اخذ منه لان الثاني صار مستعملا للثالث والثالث ليس بمستهلك لينقطع الاستعمال
فلا يفيد التضمين فاذا عتق الثالث رجع مولى الثاني عليه لا يرجع هو عليه الثالث لانه
مودعه لكنه ما دام الثاني عبدا لا يؤاخذ بالقول فاذا عتق يؤاخذ به واما التفريع على
قول محمد رحمه الله فيقول ليس لصاحب الوديعة تضمين العبد الاول قبل العتق لانه مودع
مسلط فاذا عتق ضمنه واذا ضمنه لم يكن له تضمين الثاني ما لم يعتق لان الاول صار كرجل اودع
عبدا واستهلكه العبد بالدفع الى اخر فلا يضمن ما لم يعتق ولا يكون للاول تضمين الثالث
ايضا قبل العتق وان كان مودع مودعه ومودع المودع عنده يضمن لانه لو ضمن الثالث
لرجع الثالث على الثاني بسبب الاستعمال وليس للاول لانه يضمن الثاني قبل العتق
فلا يكون له ولانه يضمن من يرجع على الثاني ايضا فاذا عتق الثاني كان للاول تضمين الثاني
ثم الثاني لا يرجع على الاول لا بالاستعمال ولا بالايداع لانه صار مستهلكا بالدفع الى الثالث ولا
يرجع الثاني ايضا على الثالث لانه صار كرجل اودع عبدا مالا فهلك عنده واذا لم يكن لصاحب
الوديعة تضمين الاول قبل العتق فان شاء ضمن الثاني وان شاء ضمن الثالث اما الثاني فلانه
ليس في تضمينه تضمين الاول الذي هو مودع مسلط من جهته لان الثاني لا يرجع على الاول
لانه صار مستهلكا بالدفع واما الثالث فلانه مودع مودعه وانه ضامن عنده وليس
في تضمينه تضمين من هو مسلط من جهته لان الثالث لا يرجع على الاول لانه ما جرى بين
الاول وبين الثالث سبب ولانه يضمن الثاني فكان له ولايه تضمين من يرجع على الثاني

ثم

ثم الثاني لا يرجع على الاول لما قلنا فان اختار صاحب الوديعة تضمين الثاني لا يرجع
مولى الثاني على الاول وان صار الاول مستعملا له لما قلنا انه مستهلك ولا يرجع على الثالث
لانه لو رجع على الثالث لرجع الثالث عليه بعين ما اخذ بسبب الاستعمال الا اذا عتق الثالث
فحينئذ يرجع عليه مولى الثاني ثم اذا عتق الثاني يرجع عليه الثالث وان اختار صاحب الوديعة
تضمين الثالث كان لمولى الثالث الرجوع على الثاني بالاستعمال فبعد ذلك يصير الجواب
كالجواب فيما اذا اختار صاحب الوديعة تضمين الثاني واما التفريع على قول ابي يوسف رحمه الله
ان يقول لصاحب الوديعة الخيار في تضمين ايهم شاء فان اختار تضمين الثاني او الثالث
كان الجواب فيه كالجواب على قول محمد رحمه الله وان اختار تضمين الاول يخير
مولى الاول بين تضمين الثاني وبين تضمين الثالث اما الثاني فلانه غاصب ماله
والتضمين مفيد لانه لا يرجع على الاول بحال لانه صار مستهلكا بالدفع الى الثالث واما
الثالث فلانه صار غاصبا ماله والتضمين مفيد لانه لا يرجع على الاول لانه لم يجر
بينه وبين الاول سبب فاذا ضمن الثاني لا يرجع على الثالث لانه لا مفيد الا اذا
عتق الثالث ثم الثالث يرجع على الثاني اذا عتق فاذا ضمن الثالث رجع مولى الثالث
على الثاني بالاستعمال لانه لا يرجع مولى الثاني على الثالث حتى يعتق لان الرجوع
قبل العتق لا يفيد فاذا عتق الثالث رجع مولى الثاني عليه ثم اذا عتق الثاني رجع الثالث عليه
ولو اودع عند عبد محجور عليه مالا فامر العبد عبدا يقبضها وديعة فقبضها وضاعت
عند الثاني لا يضمن الاول اما عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلانه لو استهلك لا يضمن
فهذا اولى واما عند ابي يوسف فلان الموجود منه ترك الحفظ بالامر بالقبض وانه قول والمحجور
لا يؤاخذ بقوله قبل العتق واما الثاني فالـ هنا انه يضمن وهو قول ابي يوسف ومحمد اما عند ابي يوسف
فلان مودع المودع ضامن بكل حال وعند محمد رحمه الله كذلك اذا لم يكن في تضمينه تقرير الضمان
على المودع وليس فيه ذلك هنا لان المودع الاول صار مستعملا بالقول لا بالفعل فلا يؤاخذ به في وقت لم يكن
للمودع تضمينه واما عند ابي حنيفة رحمه الله لا يضمن الثاني لانه مودع المودع لانه قبض بامره وقد ذكرناه في المحجور فكذلك الصبي الذي يعقل البيع والشرى والمعتوه الا في فصل وهو ان العبد يضمن بعد العتق
والصبي والمعتوه لا يضمنان بعد البلوغ والافاقة لان العبد من اهل الالتزام بالقول فصح الالتزام
في حقه الا انه لم يظهر التزامه في حق المولى نظرا له فاذا زال حق المولى ظهر الالتزام اما
الصبي والمعتوه ليسا من اهل الالتزام لنقصان عقلهما ففسدت عبارتهما شرعا فيما يضرهما

فلم يصح الالتزام اصلاً لا في حقهما ولا في حق غيرهما فلا يلزمهما شيء بحال
بمنزلة النائم والمجنون اذا التزما شيئاً لا يصح اصلاً والله اعلم

يتلوه كتاب البيوع


التحرير في شرح
الجامع الكبير
YAZMA
122
FIKIH